UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
STRASBOURG

FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES ET DE GESTION

LE BANQUIER ACTEUR DU REGLEMENT AMIABLE

MEMOIRE PRESENTE EN VUE DE L'OBTENTION DU DEA DROIT DES AFFAIRES
2002-2003

Sous la direction de :
Monsieur Jean-Luc Vallens

Soutenu par :
Thomas Sarpcan

SOMMAIRE

INTRODUCTION

TITRE 1 – LA PARTICIPATION « FORCEE » DU BANQUIER AU REGLEMENT AMIABLE

Chapitre 1- Les raisons de la participation du banquier au règlement amiable

Section 1- La position du banquier face à une entreprise en difficulté
Section 2- La négociation du règlement amiable

Chapitre 2- Les conditions de la participation du banquier au règlement amiable

Section 1-Les conditions liées aux autres intervenants au règlement amiable
Section 2-Les conditions liées au contenu du règlement amiable

Chapitre 3- Les déceptions relatives à la conclusion d'un règlement amiable avec la banque

Section 1- Les difficultés liées au déclenchement de la procédure
Section 2- Les déceptions relatives à la négociation du règlement amiable

TITRE 2 – LES EFFETS LIMITES DU REGLEMENT AMIABLE POUR LE BANQUIER

Chapitre 1- L'homologation judiciaire du règlement et son utilité pour le banquier

Section 1- Les conditions de l'homologation
Section 2- La portée de l'homologation

Chapitre 2 –L'exécution du règlement amiable et ses conséquences

Section 1- Les conséquences prévues par le banquier
Section 2- Les risques encourus par le banquier

Chapitre 3- L'inexécution du règlement amiable et ses conséquences

Section 1- La résolution de l'accord amiable
Section 2- L'ouverture facultative d'une procédure collective

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Ann.	Annales
Anc. C. com.	Ancien Code de commerce
A.P.C.	Actualité des procédures collectives
B.R.D.A.	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Ch. civ.)
C. com.	Code de commerce (ordonnance du 18 septembre 2000)
C. civ.	Code civil
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
D.	Recueil Dalloz-Sirey
D. Aff.	Dalloz Affaires
Dr. et patrim.	Droit et Patrimoine
D. soc.	Droit des sociétés
D.P.D.E.	Dictionnaire Permanent des Difficultés des Entreprises
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.-Cl.	Juris-classeur
J.C.P. E.	Juris-classeur périodique, édition entreprise (G. générale)
L.	loi
Rev. dr. banc.	Revue de droit bancaire et de la bourse
R.J.C.	Revue de jurisprudence commerciale
R.J.D.A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Rev.Proc.Coll.	Revue des procédures collectives
R. Soc.	Revue des sociétés
R.T.D. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial

Je tiens à remercier Monsieur Le Professeur Jean-Luc Vallens pour son soutien constant et pour toute l'attention qu'il a portée à mon travail.
Je remercie également ma famille et mes amis.

« *Il est dangereux d'être banquier en temps de crise* »

Cette réflexion que l'on trouve sous la plume de nombreux auteurs résume bien la situation à laquelle est confronté un établissement de crédit face à une entreprise en difficulté.

Plus simplement, comment un établissement de crédit doit-il se comporter face à une entreprise en difficulté, sachant que même s'il y a une volonté commune de la part des deux de sauvegarder l'entreprise, les intérêts de l'entreprise et du banquier sont fondamentalement divergents ? En effet, même si la sauvegarde de l'entreprise n'est pas un souci étranger aux banquiers, leur préoccupation essentielle ***demeure la protection de leurs crédits et l'absence de responsabilité pour les conséquences de leurs crédits.***

Le banquier doit il attendre qu'une procédure collective soit ouverte contre son débiteur ou, doit-il au contraire, anticiper et essayer de trouver une solution à l'amiable avec cette dernière ? Le banquier est confronté à un choix difficile : attendre le redressement judiciaire ou opter pour le règlement amiable, question qui est actuellement au cœur du droit des entreprises en difficultés.

Les temps où le législateur et la jurisprudence faisaient les yeux doux aux banquiers, parce que pourvoyeurs de crédits, on pensait qu'ils devaient être considérés comme des créanciers particuliers, mieux protégés que les autres, semblent être révolus.
Sa position qui était autrefois celle d'un souverain détenteur de crédit est devenue aujourd'hui celle, beaucoup moins enviable d'un titulaire d'obligations, obligations dont il ne voit par toujours très bien la contrepartie, et qui risque d'engager sa responsabilité selon qu'il se montre trop généreux ou trop brutalement méfiant.

Il est vrai en effet, qu'en contrepartie du pouvoir économique dont disposent les banques, elles assument également un risque juridique en raison des crédits accordés à leurs clients. Le

mauvais usage par la banque des fonds dont elle dispose peut nuire à une autre catégorie que ne protège pas la réglementation bancaire : les créanciers des bénéficiaires de crédit. Le concours apporté par une banque les intéresse dans la mesure où il peut influencer favorablement, mais aussi dans un sens défavorable, le crédit de l'entreprise commerciale.

Ce crédit est en fait en premier lieu, de l'aptitude du commerçant à faire face à ses engagements, état qui se situe en quelque sorte, à l'opposé de la cessation des paiements, condition de la faillite. Une ouverture de crédit, qui procure au crédité des moyens nouveaux, bien loin de nuire aux créanciers a, au contraire, normalement pour effet d'accroître leur chance d'obtenir paiement. Mais, parfois, il en va autrement.

Il arrive que l'ouverture de crédit ait pour seule conséquence de tromper les tiers en masquant la véritable situation du crédité. La somme prêtée peut également être engloutie dans des spéculations malheureuses et l'aisance momentanée qu'elle procure au bénéficiaire risque de l'inciter à relâcher la rigueur de sa gestion, de sorte que sa situation aura empirée. Toutes ces pratiques exposent les autres créanciers aux doubles risques, d'une diminution d'actif ou d'un accroissement de passif.

Il ne faut jamais perdre de vue qu'en affaires tous les intérêts sont liés. Aussi, l'interdépendance des relations commerciales crée à chacun des agents économiques un devoir de ne point aggraver le dénouement des intérêts des autres. Comme la connexion de ces intérêts s'accomplit au sein de l'entreprise, c'est par référence à celle-ci que ses partenaires doivent régler leurs échanges ou leurs concours. Au final, en plus du risque économique qui pèse sur le banquier lors d'une opération de crédit (recouvrement du crédit consenti), un risque supplémentaire d'ordre juridique pèse sur le banquier. La banque peut ainsi se voir reprocher, tantôt de refuser à son client un crédit sur lequel il pouvait compter, tantôt d'avoir octroyé ce même crédit créant ainsi malencontreusement une apparence de prospérité trompeuse. D'autant, que le crédit bancaire occupe une place essentielle dans la vie économique.

Le crédit bancaire, constitue en effet pour les entreprises, un moyen indispensable à leurs activités. Lorsqu'il accorde des crédits, le banquier remplit une fonction économique dont l'importance a souvent été soulignée. De plus, au mépris des règles les plus sages de l'orthodoxie financière beaucoup d'entreprises financent par des crédits courts, constamment

renouvelés, des investissements longs. Il convient de distinguer à ce stade, le crédit bancaire du crédit fournisseur.

En effet, en matière de financement du commerce international, si l'importateur français ne bénéficie pas de crédits spécifiques mais *seulement de ceux que les banques peuvent accorder à tout acheteur* (le crédit bancaire classique), l'exportateur au contraire, bénéficie de crédits dont la spécificité s'affirme sur le plan juridique. Parmi les crédits destinés à faciliter les exportations, le plus connu est le **crédit fournisseur.**

Le crédit fournisseur est une technique de financement des exportations par laquelle le banquier consent à l'exportateur français, soit un crédit de préfinancement lui permettant de rassembler ou de produire les marchandises à exporter, soit un crédit lui permettant de mobiliser, après livraison des marchandises, la créance née sur l'acheteur étranger. [1]

Dans le cadre de notre étude nous nous limiterons au crédit bancaire classique.

Enfin, il convient de souligner que malgré la désintermédiation bancaire,[2]le crédit bancaire occupe toujours une place essentielle comme moyen de financement des petites et moyennes entreprises, entreprises qui sont les plus nombreuses et les plus sensibles à une faillite.

Au final, même si il y a différents sortes de crédit (crédit fournisseur, crédit désintermédié etc..) le crédit bancaire classique occupe toujours une place importante et dans le cadre de notre étude nous nous limiterons au crédit bancaire classique.

---

[1] Pour un exposé complet de cette notion voir J.L Rives- Langes et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz, 1995, 6ème éd. p.693, n°744.

[2] Aux termes de l'article 1er de la loi bancaire du 24 janvier 1984, l'opération de crédit est définie comme une opération de banque. « *Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement* » Or, comme dit précédemment, le crédit bancaire n'est pas l'unique source de financement de l'économie. La distinction entre le crédit bancaire (les opérations de crédit) et le crédit non bancaire (le crédit désintermédié) est d'autant plus importante que la réforme des marchés financiers entreprise en France ces dernières années entraîne une réduction de l'intermédiation bancaire.

Le crédit bancaire est fondé sur l'intermédiation. En effet, il n'y a pas de relation directe entre l'épargnant (agent disposant de capacités de financement) et l'emprunteur (agent ayant un besoin de financement). Le banquier collecte donc l'épargne pour la prêter ensuite. Il peut par ce biais transformer une épargne courte, voire liquide (dépôts à vue), en emploi longs (prêts à moyen long terme). Ainsi, l'intermédiation bancaire est souvent synonyme de transformation.

Au contraire du crédit bancaire, la désintermédiaton bancaire ou le crédit direct reposent sur une relation directe entre le prêteur et l'emprunteur sur un marché financier. Le propre d'un marché financier est de se faire rencontrer offreurs et demandeurs de capitaux. Les offreurs sur certains marchés financiers peuvent être considérés comme de simples prêteurs de fonds même si leurs motivations sont parfois plus complexes.

Il y a donc essentiellement deux types de crédit, le crédit bancaire et le crédit désintermédié.

Autrefois, il n'était pas question pour une entreprise d'avoir un crédit quelconque, sous peine de se trouver dans une position dangereuse. Ce danger reste présent, surtout lorsque nous nous trouvons dans une période particulièrement instable, où tout à coup la trésorerie peut faire défaut. Certains spécialistes,[3] tel que M.Lussan, poussent très loin leur analyse et vont jusqu'à affirmer que pour beaucoup de sociétés, on pourrait constater que l'exigible dépasse le disponible et qu'en réalité elles sont en état de cessation de paiements. Cette situation prouve à la fois l'importance du rôle du crédit et la fragilité de la situation financière des entreprises. De nombreuses entreprises sont ainsi tenues à bout de bras par leur banquier.

Le banquier est donc un créancier qui a de grandes raisons de craindre la procédure collective ouverte contre son client. Parce qu'il est pourvoyeur de crédits, le banquier est beaucoup plus sensible que les autres créanciers à la procédure collective ouverte contre son client, car celui ci est toujours concerné par l'entreprise en difficulté.
Comme cliente, l'entreprise vit grâce aux concours bancaires et si l'entreprise de crédit les dénonce, elle ne pourra poursuivre son activité. Comme débitrice, l'entreprise est sous la menace de l'exercice du droit de poursuite. Au final, de la position du banquier dépend très souvent le sort de l'entreprise.

Lorsqu'une entreprise traverse une crise, donne des signes de défaillance, en règle générale, ses dirigeants et associés en prennent conscience et tentent de trouver par eux-mêmes les solutions permettant de la sauver. Celles-ci sont multiples et résultent le plus souvent, de mesures individuelles qui reposent sur le concours des membres de l'entreprise. C'est ainsi que les associés peuvent verser des sommes en compte courant afin d'accroître la trésorerie de l'entreprise ou souscrire à une augmentation de capital pour augmenter les fonds propres de cette dernière. De même, les salariés peuvent renoncer à une partie de leurs revenus afin d'alléger les charges salariales et de conserver leur emploi ou que les chefs des entreprises individuelles peuvent aliéner leur patrimoine personnel pour aider leur affaire à surmonter des difficultés qu'ils espèrent passagères.

Malheureusement, un tel sursaut *interne* à l'entreprise n'est pas toujours suffisant et bien des fois, les dirigeants auront recours à une aide *extérieure*. Le plus souvent sous forme

[3] C. Lussan, La responsabilité des banques vis à vis de leurs clients, R.J.C., 1977, p.288.

d'emprunts : il peut s'agir de prêts bancaires ou de prêts participatifs faisant du banquier un quasi-associé. Le banquier a donc une place particulièrement importante.

Il est vrai, que la cessation des paiements d'une entreprise d'une certaine taille est rarement un événement subit et imprévisible. Pendant toute la période qui va mener l'affaire au dépôt de bilan, la **banque**, qui occupe une place privilégiée en raison de sa contribution au financement, ne saurait rester les bras ballants.

Si son réflexe légitime est de renforcer la périodicité de ses contrôles (suivi des prévisions budgétaires, de la situation de trésorerie, voire de certains encaissements) et de vérifier la valeur des garanties dont elle dispose, voire d'en recueillir de nouvelles, le déroulement du processus de crise peut susciter des mesures plus radicales auxquelles il lui faudra s'associer.

En effet, dès lors que les difficultés se précisent, la banque ne peut se borner à s'informer et à aider ; elle doit se protéger et se retrouve donc au cœur d'un conflit d'intérêt avec les actionnaires de l'entreprise et les autres bailleurs de fonds. S'interrogeant sur la viabilité de l'entreprise, elle doit, dans un délai très court, à la fois porter un diagnostic et choisir, en fonction des intérêts immédiats et à terme, de soutenir ou non son client.

L'entreprise en difficulté est généralement confrontée à la problématique de la restructuration qui se résout rarement par une simple modification de l'actionnariat de référence. Le plus souvent la sauvegarde de l'entreprise et la remise en marche de l'affaire dépendent d'une restructuration de l'ensemble du passif, ce qui concerne en premier lieu les banques engagées par des crédits.

Actuellement, le législateur, les membres de la profession bancaire et les instances patronales insistent sur le partenariat entre la banque et l'entreprise en difficulté en matière de **prévention.** Ces derniers, affirment que pour assurer le redressement de l'entreprise et la sécurité du crédit le meilleur remède est d'agir en amont de la cessation des paiements en ayant recours à un des mécanismes de prévention prévus dans la loi du 1er mars 1984, notamment le **règlement amiable**.

Ce mécanisme visé par les articles L. 611-4, 5 et 6 C. com. (articles 35 à 38 de la loi du 1er mars 1984) et complété par les articles 36 à 39 du décret du 1er mars 1985, permet aux entreprises éprouvant des « *besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté à*

leurs possibilités » de négocier, sous l'égide d'un conciliateur désigné par le président du tribunal de commerce ou de grande instance, l'octroi de délais de paiements et de remises de dettes, avec leurs principaux créanciers, moyennant la mise en œuvre de mesures de redressement. Bien que s'inscrivant dans le cadre de la prévention, ce mécanisme a déjà une fonction curative et se présente, en fin de compte, comme la solution de la dernière chance avant le traitement contentieux de la procédure de redressement judiciaire.

La prévention occupe une place prépondérante dans la législation relative aux entreprises en difficulté. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'idée d'éviter ou de prévenir la faillite est très **ancienne**. Il y a une « volonté commune d'éviter la faillite ».[4] Elle trouve sa raison d'être dans les motivations du débiteur, des créanciers et du législateur.

Aujourd'hui bien que l'institution de la faillite ait perdu le caractère infamant qu'il possédait autrefois, le débiteur sait qu'à la suite du prononcé d'une liquidation judiciaire il risque de perdre tous ses biens. De plus le dirigeant social n'ignore pas qu'il peut encourir une condamnation pécuniaire et des sanctions. La faillite est toujours un échec grave qui ternit la réputation et porte atteinte au crédit. Ainsi, les raisons d'éviter la faillite étant nombreuses, le débiteur est incité à rechercher des solutions alternatives.

Les finalités des créanciers, tout spécialement du banquier, sont différentes de celles du débiteur. En effet, un créancier pense avant tout au sort de sa créance pour faire face à ses propres obligations. Or, s'il y a faillite, il sait que *la procédure sera longue et qu'au bout de celle-ci, il ne percevra peut être quasiment rien.* Sans compter, que dans le cadre d'un redressement judiciaire, la marge de manœuvre du banquier est quasiment nulle : ce dernier « subit » la procédure, au même titre que les autres créanciers.

C'est la raison pour laquelle, il accueille favorablement toute mesure qui peut lui donner une chance d'être payé, au moins partiellement, sans attendre trop longtemps, et, peut être, en conservant un client avec lequel le courant des affaires futures fera disparaître tout préjudice. Il ne faut jamais perdre de vue qu'en affaires, la réussite résulte souvent de la succession de relations saines et durables.

[4] J-L. Vallens et J-F. Martin, Lamy droit commercial - Redressement et liquidations judiciaires, n°2327, p.1089.

Enfin, la prévention intéresse également le législateur. La défaillance d'une entreprise apportant un trouble grave dans la vie sociale, économique et politique du pays. Il appartient au législateur de faire ce qui est en son pouvoir pour l'éviter. Les statistiques montrent que plus de 95% des procédures collectives se terminent par une liquidation. Le législateur a donc pris conscience qu'il fallait agir en amont. Avant d'arriver à la cessation des paiements qui oblige le débiteur à déposer son bilan et qui contraint le tribunal à prononcer l'ouverture du redressement judiciaire, il existe souvent[5] une phase pendant laquelle il est encore possible d'éviter cette procédure, phase qui est souvent très courte. Cependant, pendant un court laps de temps, à condition d'agir vite, la menace de cessation des paiements encore être écartée. Ainsi, l'idée qui caractérise la prévention est que, quelles que soient leurs causes, les défaillances d'entreprises sont généralement prévisibles et pourraient être évitées si les difficultés rencontrées étaient découvertes à temps et traitées suffisamment tôt.

Comme nous l'avons dit précédemment, le dirigeant responsable, confronté à des difficultés suffisamment graves pour risquer à terme l'état de cessation des paiements, va tenter de trouver une solution négociée à ses difficultés. L'accord conclu directement entre le débiteur et ses créanciers, soit sur des délais de paiement, soit sur des remises partielles, soit enfin sur un mécanisme combinant ces deux orientations, est la voie la plus ancienne.
Cet accord aboutira à un concordat amiable avec tous les créanciers ou bien ce sera un accord particulier avec une partie seulement des créanciers. La recherche et la pratique de ces accords étaient traditionnellement dans le rôle du ***banquier***. Mais si un tel schéma a pour lui la parfaite discrétion et la grande souplesse, il n'est pas forcément réalisable pour toutes les tailles d'entreprises et l'évolution récente de la mise en cause de la responsabilité des banques dans l'octroi de crédit considéré comme abusif en période qui deviendra suspecte, a certainement contribué à en diminuer la fréquence, au profit des mécanismes de prévention, comportant une intervention du président du tribunal.

En matière de prévention, la France a connu essentiellement quatre mécanismes légaux au cours de ce siècle, dont deux furent éphémères, un eut une durée de vie plus longue mais connut fort peu de cas d'application et le dernier correspond à la prévention mise en place par la loi du 1er mars 1984, modifiée par la loi du 10 juin 1994.

[5] Depuis la loi du 10 juin 1994, le tribunal peut prononcer immédiatement la liquidation judiciaire lorsque le redressement est impossible.

Entre 1919 et 1923 a fonctionné un mécanisme dénommé le **règlement transactionnel**, puis en 1937 et 1938 ce fut le **règlement amiable homologué**. Malgré un lourd formalisme judiciaire, ces deux mécanismes se soldèrent par des échecs. Leur principale faiblesse, résidait dans le fait que les négociations concordataires se déroulaient en dehors de la présence du juge, ce qui avait pour conséquence de favoriser les collusions frauduleuses entre le débiteur et ses créanciers.

En 1967 fut créée **la suspension provisoire des poursuites**. Cette procédure avait été imaginée dans le but d'éviter la cessation des paiements et favoriser le redressement économique des entreprises qui se trouvaient dans une situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise dont la disparition était de nature à causer un trouble important au sein de l'économie locale ou nationale. Destinée à mener une action rapide, sa mise en œuvre devait se traduire par le prononcé d'une *mesure de suspension provisoire des poursuites* pour une durée de trois mois prorogeable d'un mois, au cours de laquelle le débiteur, assisté d'un curateur, devait préparer un plan d'apurement du passif et de redressement économique de l'entreprise pour le soumettre ensuite à l'approbation du tribunal.
Si le plan était approuvé, celui-ci devenait opposable à tous les créanciers antérieurs à la procédure sans distinguer entre les créanciers chirographaires et titulaires de sûretés. Le débiteur recouvrait l'intégralité de ses pouvoirs d'administration et de disposition, et le plan devait être exécuté sous la surveillance d'un commissaire désigné par le tribunal pour une durée ne pouvant excéder trois années.

Par rapport aux mécanismes précédents, cette procédure constituait certes un progrès notable tant par ses objectifs que par les procédés utilisés. Cependant l'espoir fut de courte durée puisque son application se solda également par un échec.[6] Plusieurs raisons furent avancées pour tenter d'y trouver une explication.
Un champ d'application trop limité, puisque l'ordonnance du 23 septembre 1967 ne pouvait profiter qu'à des entreprises de taille nationale ou régionale. Une ouverture trop tardive, alors que l'entreprise était déjà en cessation des paiements et ne disposait plus de la trésorerie suffisante pour assurer la poursuite de son exploitation pendant la période de curatelle. Une

[6] Du 1er Janvier 1968 au mois de Juin 1983, 1000 requêtes de suspension provisoire des poursuites furent enregistrées. Sur ces 1000 requêtes on dénombra 200 jugements d'ouverture, 50 plans homologués dont 40 arrivés jusqu'à leur terme. Voir J-Cesselin, J.O. Deb, Sénat, séance du 16 Novembre 1983, p. 2958.

rigidité trop importante puisque les mesures de redressement qu'elle comportait étaient imposées sans même recueillir l'avis des créanciers. Il fut enfin observé que **la publicité** à laquelle elle était soumise avait pour effet de porter fortement atteinte au crédit du débiteur.
A l'image des procédures qui l 'avaient précédée, la suspension provisoire des poursuites ne put jamais s'imposer comme procédure de prévention. Elle fut donc abrogée par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement judiciaire et à la liquidation des entreprises et la loi du 1er mars 1984 avait entre temps crée le règlement amiable. Face au peu d'efficacité dont faisait preuve l'ensemble de ces procédures légales, un certain nombre de solutions issues de la pratique avaient été parallèlement mises en œuvre.

Les solutions issues de la pratique ont connu une évolution notable puisque reposant initialement sur **le droit commun des contrats**, elles se sont progressivement perfectionnées grâce à l'intervention et au dynamisme de certaines juridictions consulaires.
Dans un premier temps, il s'agissait uniquement pour le débiteur de rechercher la conclusion d'un accord portant sur l'apurement du passif de son entreprise par l'obtention de délais de paiement et de remises de dettes auprès de ses créanciers : c'est le **concordat amiable**.[7] Le concordat amiable était une convention purement privée, librement négociée en dehors de toute intervention de la justice et à laquelle n'étaient tenus que ceux qui, conformément aux règles édictées par le Code civil y avaient consenti. Cependant, sa conclusion était rendue extrêmement difficile dans la mesure où les tribunaux, par une interprétation de la volonté des parties considéraient que le consentement de l'unanimité des créanciers devait être exigé.[8]
En outre, celui-ci n'allait pas sans comporter certains dangers pour ses signataires puisqu'il était généralement perçu comme un accord de la dernière chance pour le débiteur cherchant à éviter la faillite, c'est à dire comme un aveu de cessation des paiements. En cas d'échec, le débiteur et ses créanciers, dont principalement le banquier, étaient donc largement exposés à une mise en cause de leur responsabilité sur le fondement d'une poursuite ou d'un soutien abusif d'une exploitation déficitaire. Le concordat amiable était donc marqué par une assez forte insécurité juridique et apparaissait à ce titre comme une technique à haut risque.

[7] Le concordat amiable est également appelé pacte d'atermoiement ou moratoire général.

[8] G. Endreo, Jurisclasseur com., Règlement amiable et concordat, fasc. 2030 - n°3, p.5.

Dans un second temps, face aux limites démontrées par ce type d'accords, les praticiens prirent conscience de la nécessité d'une surveillance judiciaire et décidèrent de faire intervenir un mandataire de justice en la personne d'un **administrateur provisoire**.[9] Désigné par ordonnance de référé ou sur requête, ce dernier était alors investi des pouvoirs les plus étendus pour gérer et administrer l'entreprise ou la société débitrice en lieu et place de ses organes de direction, dans la perspective de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers. En cas d'impossibilité de conclure un accord, celui-ci était tenu de procéder à la déclaration de cessation des paiements. Cette pratique de l'administration provisoire constituait une nette amélioration et connut avec le temps, un succès indiscutable.

Cependant, cette pratique comportait des imperfections, qui sont essentiellement au nombre de trois.

D'une part, la publicité qui accompagnait obligatoirement la désignation de l'administrateur provisoire rendait inévitable la divulgation des difficultés rencontrées par le débiteur, ce qui était de nature à susciter des réactions négatives de la part des créanciers et à porter atteinte à son crédit.

D'autre part, le mandataire se heurtait la plupart du temps à la difficulté d'obtenir l'accord de l'unanimité des créanciers.

Enfin, l'utilisation de ce procédé avait été détournée par certains débiteurs qui y avaient vu un moyen de ne pas procéder personnellement au dépôt de bilan dans la perspective d'échapper ainsi aux conséquences d'une poursuite d'activité déficitaire.

Par la suite, l'analyse des faiblesses de ce procédé déboucha sur la mise en place, notamment au sein des Tribunaux de Commerce de Paris et Marseille, d'une technique plus souple : celle du **mandat ad hoc.**[10]

Cette création purement prétorienne reposait sur le pouvoir général du président du tribunal de commerce de prendre des mesures adéquates pour protéger les intérêts commerciaux en péril et s'inspirait directement de la législation sur le droit des sociétés[11] laquelle prévoit en effet la possibilité de désigner un mandataire de justice pour accomplir une formalité ou une

[9] B. Lyonnet, L'administration judiciaire, R.J.C., 1991, p. 241.

[10] Voir, La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, la prévention mode d'emploi, mai 1998, p. 51.

[11] Articles L.223-27, L.225-103, et L. 235-7 C. com. (anciens articles 57, 158 et 366 de la loi du 24 juillet 1966). Voir également l'article 1896 C. civ.

diligence précise. Sa particularité était donc de permettre au président de la juridiction consulaire de confier à un mandataire ad hoc une mission très spécifique dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises qui, le plus souvent, devait se traduire par l'assistance des dirigeants sociaux dans la recherche d'une solution amiable et dans l'élaboration d'un plan de redressement avec obligation de rendre compte.
S'agissant d'affaires industrielles, celle-ci pouvait également consister en la négociation avec les différents comités administratifs de restructuration[12]. Bien que n'ayant été principalement utilisé qu'au profit d'entreprises de dimension internationale ou nationale[13], ce mécanisme donna d'excellents résultats. [14]
Ses principaux atouts étaient de ne pas emporter dessaisissement des organes de gestion, de permettre d'adapter les missions du mandataire à la variété des situations, d'être facultatif et surtout de revêtir un caractère confidentiel.

A la différence des anciennes procédures judiciaires, le mandat ad hoc, ainsi que toutes les autres solutions issues de la pratique, ont survécu à la création du règlement amiable. Il reste que ce dernier, tel qu'il avait été conçu par les auteurs de la loi du 1er mars 1984 apparaissait comme le produit d'une réflexion menée à partir de cet ensemble, toute catégorie confondue, de précédentes expériences liées à la prévention.
Il apparaissait donc clairement que le législateur avait entendu tirer les enseignements des échecs qu'avaient connus successivement les concordats préventifs de 1918 puis de 1937 et plus récemment la procédure de suspension provisoire des poursuites issue de l'ordonnance du 23 septembre 1967. Aussi, le règlement amiable devait-il nettement se démarquer de ces anciennes procédures judiciaires au caractère collectif et autoritaire qui s'étaient révélées trop lourdes, complexes, et dont la publicité devait porter atteinte au crédit du débiteur. Celui-ci n'apparaissait donc ni comme un pacte de majorité, ni comme un plan unilatéralement établi opposable à tous les créanciers.

La loi du 1er mars opérait donc un changement important. Ce nouveau procédé, tel qu'il était présenté par le Garde des Sceaux, à l'occasion de l'exposé des motifs de la loi le 6 avril

[12] C.O.D.E.F.I, C.O.R.R.I., C.I.R.I.
[13] J-P. Marchi, Une création originale du tribunal de commerce de Paris : le mandataire ad hoc, Gaz. Pal. 1983, doctrine 1, n° 123.
[14] Les statistiques démontrent que du 1er janvier 1968 au mois de juin 1983, 1500 d'entre eux furent menés à bien.

1983, était décrit comme étant essentiellement contractuel, facultatif, dépouillé de tout formalisme et confidentiel. Au final, le règlement amiable se rapprochait davantage des solutions issues de la pratique. D'une certaine façon, celui-ci s'apparentait en effet au **concordat amiable** puisque, comme ce dernier, il ne faisait l'objet d'aucune publicité et prenait la forme d'un accord librement négocié entre les parties dans lequel une place capitale devait être laissée au principe de l'autonomie de la volonté. Toutefois, pour l'essentiel, le règlement amiable tirait ses principales caractéristiques de la technique du **mandat ad hoc.**

L'un et l'autre tendaient en effet vers la mise en œuvre de mesures de redressement de l'entreprise au moyen d'un accord auquel ne devaient participer que les principaux créanciers. Comme pour le mandat ad hoc, le règlement amiable était conclu sous l'égide d'un tiers désigné par le Président du tribunal, le *conciliateur*, sans pour autant que le débiteur fût dessaisi de ses pouvoirs de gestion. Enfin, le règlement amiable était également destiné à servir de cadre de négociation avec les autorités administratives.

Il est vrai que les auteurs de la loi du 1er mars s'étaient largement inspirés de cette pratique prétorienne. Ils ne s'étaient pourtant pas contentés d'une simple consécration légale. Il s'agissait en effet de trouver un point d'équilibre entre la mise en œuvre d'une procédure rapide et discrète qui était le seul moyen de préserver le crédit du débiteur et une information du tribunal la plus complète possible dans le but de déjouer toute tentative de fraude. Le règlement amiable était donc enserré dans un ensemble de dispositions législatives et réglementaires et se voulait nécessairement plus complet.
La désignation du conciliateur, était précédée d'une phase judiciaire au cours de laquelle le président du tribunal devait, au moyen de pouvoirs d'investigation exorbitants du droit commun, examiner le bien fondé de la demande présentée par l'entreprise débitrice, au regard de différents critères tenant à la fois à son statut juridique, à sa situation financière, ainsi qu'au sérieux des mesures de redressement que celle-ci devait nécessairement proposer. Il est à noter que le droit de demander à bénéficier d'un règlement amiable n'appartient qu'au débiteur et le tribunal ne peut pas d'office le mettre en place.[15]

[15] A la différence de ce qui se passe en matière de redressement judiciaire et/ou de liquidation judiciaire.

Sa confidentialité était assurée par une obligation au secret professionnel vis à vis de toutes les personnes qui devaient y être appelées ou qui, par leurs fonctions, avaient pu en prendre connaissance.
Le règlement amiable avait donc une nature mixte : d'un côté son ouverture intervenait sous couvert de la justice, de l'autre, il se traduisait par la conclusion d'un accord qui ne devait son existence qu'à la seule volonté des parties.

Cependant, le législateur dans sa volonté d'éviter les écueils des solutions antérieures, avait par réaction, souhaité confier un rôle très effacé à l'autorité judiciaire. Le président du tribunal, dont l'intervention devait uniquement se limiter à apprécier le bien fondé de la demande présentée par le débiteur, n'était pas considérée comme un juge à part entière, mais comme un notable, dans le droit fil de la tradition du droit des marchands.

Quant au conciliateur, il ne devait disposer d'aucun pouvoir pour faire aboutir la négociation entre le débiteur et ses créanciers. Cette souplesse apparue comme un obstacle à son efficacité et figure parmi les principales justifications d'un bilan d'application mitigé : les bilans dressés dans les années qui ont suivi l'entrée en vigueur du règlement amiable ont été négatifs et tous, les auteurs comme les praticiens, ont révélé que la greffe ne prenait pas et que celui-ci n'était pas parvenu à entrer dans les mœurs.[16]

On assiste toutefois à une situation assez paradoxale puisque dans le même temps les pouvoirs publics maintiennent toute leur confiance à ce type de mécanisme préventif. Ceux-ci adoptent en 1988, puis en 1989 deux textes de loi dont l'objet respectif est la création, à côté du règlement amiable applicable aux commerçants, aux artisans et aux personnes morales, d'une procédure analogue au profit des exploitations agricoles[17] et la mise en œuvre d'une autre institution ayant pour vocation de régler les difficultés, liées aux situations de surendettement des particuliers.[18] Il convient de préciser que dans le cadre de cette étude nous nous limiterons à l'examen du **règlement amiable de droit commun.**

[16] M. Bayle, De l'intérêt du règlement amiable, R.T.D. Com. 1988, I, n°19 p.12.

[17] J. Larrieu et F. Macorig-Vernier, Le règlement amiable de l'exploitation agricole, R.J.C., 1989, p.289.

[18] M. Mathieu, A propos de la loi du 31 décembre 1989 sur la faillite des particuliers, Les Petites Affiches, 23 février 1990, p. 18.

Malgré tout cela, les avis portés tant par le microcosme des affaires que par la doctrine, sont unanimes. Au bout de sept années d'application, le règlement amiable des difficultés des entreprises est considéré comme un échec.[19]

Néanmoins, c'est précisément au moment où on le promettait à un avenir des plus sombres que le règlement amiable a été remis à l'ordre du jour, puisque à partir de 1992 il est utilisé, notamment sous l'impulsion du président du tribunal de commerce de Paris, Michel Rouger, pour faire face à la crise de l'immobilier.[20]

Monsieur Rouger a le sentiment d'être au bord d'une énorme faillite, et il apparaît que seul un traitement en douceur est susceptible d'éviter l'effondrement du marché et la crise du système bancaire. Les promoteurs et les banquiers font donc l'apprentissage rapide de la conciliation. Il convient toutefois de remarquer, que malgré l'importance des sommes en jeu, le nouveau succès du règlement amiable apparaît encore comme étant très ciblé, d'autant que le secteur de l'immobilier offre un terrain très favorable avec peu d'effectif, beaucoup d'actifs et une seule catégorie de créanciers : **les banques**. *Il s'agit malgré cela, d'un événement capital car il démontre que la prévention n'est pas seulement une vue de l'esprit et qu'il existe une alternative à la procédure de redressement judiciaire pour traiter de manière efficace les difficultés des entreprises.*

Cette procédure est désormais porteuse d'espoir, et, pour la rendre plus attrayante et élargir son champ d'application à d'autres secteurs d'activité, elle doit être réformée. C'est dans ce contexte qu'intervient la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Cette loi a essentiellement renforcé les pouvoirs du juge et a consacré légalement la pratique du mandat ad hoc, qui peut de ce fait constituer un complément idéal à la nouvelle procédure de règlement amiable.

[19] P. Rey, De l'usage de la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable, Thèse Paris I, 1994, p. 148.
[20] M. Rouger, Quatre crises immobilières, Revue Banque n°532, novembre 1992, p.993.

Au vu de ces différents éléments l'on voit donc que le banquier occupe une place importante, primordiale face à une entreprise en difficulté. Ainsi que nous l'avons affirmé précédemment, le banquier qui se révélera souvent comme le principal créancier de l'entreprise, va se trouver partagé entre deux attitudes : refuser de participer au règlement amiable et attendre le redressement judiciaire ou au contraire ; estimer que le règlement amiable est la moins mauvaise des solutions pour préserver l'essentiel de sa créance, mais également pour le sauvetage de l'entreprise.

En pratique, comme nous le constaterons, le banquier n'a pas vraiment le choix : sa participation au règlement amiable est le plus souvent **« forcée »** (Titre 1), même si les effets de ce dernier sont **limités** pour lui (Titre 2).

TITRE 1 – LA PARTICIPATION «FORCEE » DU BANQUIER AU REGLEMENT AMIABLE-

Pour comprendre pourquoi la présence du banquier au règlement amiable est essentielle, voire forcée, il convient de se pencher sur les raisons pour ce dernier d'être présent au sein de ce mécanisme de prévention (Chapitre 1) Puis, nous verrons que le banquier pour limiter au mieux les risques de tout ordre qu'il encourra en participant au règlement amiable va exiger qu'un certain nombre de conditions soient posées à son intervention (Chapitre 2) Enfin, nous remarquerons que la conclusion d'un règlement amiable peut être source de déceptions (Chapitre 3).

Chapitre 1 - Les raisons de la participation du banquier au règlement amiable -

Le banquier confronté à une entreprise en difficulté, va devoir apprécier l'opportunité qu'il peut avoir ou non de participer au règlement amiable compte tenu des effets spécifiques que son adhésion entraînera sur sa situation (effets que nous examinerons dans la seconde partie de cette étude) Plus simplement, il nous faut démontrer ici, que face à une entreprise qui ressent des difficultés, le règlement amiable est le plus souvent *la meilleure des solution*s *pour le banquier*.

Nous examinerons cela d'une part, au regard de la position du banquier face à une entreprise en situation difficile (Section 1), et d'autre part au regard de l'examen de la négociation du règlement amiable (Section 2).

Section 1- La position du banquier face à une entreprise en difficulté -

Le banquier qui prend conscience des difficultés financières aiguës d'une entreprise cliente se trouve devant une alternative : doit-il rompre l'ouverture de crédit et exiger le remboursement des crédits déjà octroyés ou doit-il au contraire maintenir les crédits accordés, voire en accorder de nouveaux ? Le choix du banquier est cornélien, car dans les deux cas sa décision comporte des risques.
Si le banquier rompt l'ouverture de crédit, il doit le faire en respectant un préavis.[21] En revanche la brusque rupture engage sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'entreprise, à moins que la situation de l'entreprise ne soit déjà irrémédiablement compromise.[22]

En pratique, la situation est souvent l'inverse. En effet, le maintien des crédits antérieurs ou l'octroi de nouveaux crédits sont bien souvent un moyen nécessaire, bien qu'insuffisant, pour sauver l'entreprise : à défaut cette dernière dépose son bilan. Cependant, la situation est génératrice de complications pour le banquier.

Si par la suite le redressement de l'entreprise est réalisé, nul ne blâmera le banquier. En cas d'échec, au contraire, la tentative de sauvegarde n'aura fait que prolonger l'agonie de l'entreprise et retarder l'ouverture de la procédure collective ; entre temps l'entreprise aura fait de nouvelles dettes et l e dépôt de bilan fera un plus grand nombre de victimes, et au risque de non-remboursement des crédits, s'ajoute celui de voir les victimes, (c'est à dire les créanciers du failli) demander réparation au banquier du préjudice qu'elles subissent.

[21] Article 60 de la loi bancaire du 24 janvier 1984, devenu article L.312-12 C. mon. fin.
[22] En pratique, le banquier adopte une démarche qui est souvent subtile. En effet, ce dernier peut différer la rupture des relations jusqu'à ce que le compte soit en position créditrice et au besoin provoquer les remises qui apureront le débit en compte.

Au final, face à une entreprise en difficulté, le banquier est confronté à deux problèmes : la mise en cause de sa responsabilité pour octroi abusif de crédit et le recouvrement des crédits ainsi octroyés.
La responsabilité du banquier, le recouvrement des crédits, tels sont les objets respectifs des paragraphes 1 et 2.

Paragraphe 1 – La responsabilité du banquier dispensateur de crédit -

En principe, les créanciers et tout spécialement le banquier, ne sont concernés par la défaillance de leur débiteur que comme victimes, car le défaut de paiement imputable au débiteur entraîne pour eux des conséquences préjudiciables sur leur trésorerie. Cependant, dans le cadre de la recomposition du patrimoine de l'entreprise en redressement judiciaire, la responsabilité de la banque est souvent recherchée pour avoir joué un rôle causal dans la défaillance de l'entreprise.

La loi du 25 janvier 1985 et celle du 1er mars 1984 ne réglementent pas la question de la responsabilité du créancier, et à fortiori celle de la banque. En effet, ces lois sont orientées vers le traitement de la situation de l'entreprise en difficulté. Dans ces conditions, la responsabilité civile du banquier répond aux conditions de droit commun de la responsabilité qui sont définies par le Code civil. Il convient de remarquer qu'à côté de la responsabilité civile, le banquier encourt également une responsabilité pénale qui consiste en la complicité de banqueroute. Dans le cadre de cette étude nous nous limiterons uniquement à l'analyse de la responsabilité civile.

Selon le célèbre article 1382 C. civ., « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » Pourtant, force est de constater que cette règle commune est difficilement applicable à l'activité du banquier dispensateur de crédit, dont le risque est un élément permanent. En général, on retient trois éléments pouvant entraîner l'engagement de la responsabilité du banquier.

Il faut tout d'abord qu'il y ait existence d'une *faute*, puis un *préjudice* et enfin un *lien de causalité* entre les deux. Si l'existence du préjudice peut-être facilement prouvée, la preuve de la faute et du lien de causalité n'en vont pas de même.

Notre étude sera volontairement très sommaire, étant entendu que ce problème est très vaste et très complexe. Nous limiterons notre examen aux principaux points de la responsabilité du banquier afin de comprendre par la suite quelles peuvent être les avantages et les risques du règlement amiable pour le banquier.
La responsabilité de ce dernier peut être contractuelle (A), délictuelle (B) ou encore être fondée sur sa qualité de dirigeant de fait d'une personne morale (C).

A- La responsabilité contractuelle du banquier -

Avant d'examiner la responsabilité contractuelle du banquier à l'égard de son client, il convient au préalable d'étudier la notion d'ouverture de crédit.

Dans sa forme traditionnelle, *l'ouverture de crédit*, est une promesse du banquier d'accorder un crédit à son client.[23] Dans la vie des affaires, un chef d'entreprise ne peut décider une opération commerciale, un investissement, sans être certain de disposer ultérieurement des capitaux nécessaires ; l'ouverture de crédit lui apporte cette certitude.

L'ouverture de crédit est la convention par laquelle un banquier s'engage à mettre à la disposition d'un de ses clients un certain montant de crédit, dont le bénéficiaire usera à sa guise. L'ouverture de crédit est donc une promesse du banquier de consentir à une opération déterminée. Le crédit n'est toutefois pas encore accordé en lui-même, il ne le sera, que si le client le demande. Il est communément admis que l'ouverture de crédit a un caractère unilatéral, dans le sens où le client n'est pas obligé d'utiliser la ligne ouverte chez son banquier.

[23] Sur ce schéma classique, se greffent parfois des modalités particulières dont la lettre de crédit est le meilleur exemple : le crédit est promis au profit d'un tiers sur l'ordre du client, ou bien encore le banquier invite l'un de ses correspondants à mettre des fonds à la disposition du client tireur. Voir J.L Rives- Langes et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz, 1995, 6ème éd. p.445, n°460. Dans le cadre ce cette étude nous nous limiterons à l'ouverture de crédit classique.

Le banquier a une responsabilité contractuelle à l'égard de ses clients pour inexécution ou révocation injustifiée ou hâtive d'une ouverture de crédit.

La dénonciation par le banquier du crédit consenti au client n'est pas par elle-même fautive et peut même être prévue contractuellement par les conditions d'ouverture du crédit. Cette faculté de mettre unilatéralement un terme au contrat est prévue par la loi bancaire du 24 janvier 1984 dans son article 60.
L'article 60, (devenu l'article L 313-12al.1er C. mon fin.), permet au créancier de mettre fin à son concours soit avec un préavis, soit immédiatement si la situation de son débiteur est *irrémédiablement compromise*, ou si le débiteur a eu un *comportement gravement répréhensible*. Une rupture de crédit n 'est donc pas nécessairement fautive si elle s'inscrit dans des relations contractuelles normales qui peuvent prévoir un préavis de dénonciation
Le travail du juge consistera à rechercher l'intention des parties sur ce point et, à défaut « *quel était le délai convenable* ».

Mais comme nous l'avons affirmé plus haut, la rupture devient fautive si le créancier met fin à son concours de manière brutale ou en méconnaissance des conditions de la convention d'ouverture, entraînant ainsi la chute financière de son client et le conduisant à un état de cessation des paiements.
Pour simplifier ce sont les circonstances de la rupture ou ses conséquences qui la rendent fautive.
Ainsi par exemple, est fautive la dénonciation d'un concours financier résultant du seul refus de porter au crédit du compte un effet remis à l'escompte en raison de la situation irrémédiablement compromise du client, sans qu'une notification par écrit lui était faite[24].

Le caractère fautif de la rupture est une question de fait laissée à l'appréciation des juges de fond.

Selon les juges, la situation *irrémédiablement compromise* se distingue de l'état de cessation des paiements[25]. La notion de situation irrémédiablement compromise est en effet,

[24] Cass. com., 22 mai 2002, n°00-16.571.

[25] Selon l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985, devenu article L. 621-1 C. com., l'état de cessation de paiements se traduit par « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible* ». mais la jurisprudence a adopté une interprétation restrictive de la notion de passif exigible ; elle considère en effet le passif à prendre en

entourée d'une grande imprécision. A notre avis la définition la plus simple en a été donnée par Mme Pérochon : « *La situation irrémédiablement compromise est une situation sans issue, désespérée, caractérisée par l'absence de tout espoir de survie pour l'entreprise, condamnée à accumuler les pertes…D'où l'idée que l'entreprise est en situation irrémédiablement compromise lorsqu'elle est pratiquement vouée à la liquidation judiciaire, situation qui justifie lorsqu'elle est manifeste, l'ouverture immédiate de cette procédure, alors que la cessation des paiements ne révèle qu'un problème aigu de trésorerie.* »

Pour le législateur depuis 1985, la cessation des paiements n'est plus définie par une situation irrémédiablement compromise[26] et la jurisprudence estime que l'ouverture d'un redressement judiciaire ne constituait pas en soi une telle situation. Les juges, même de nos jours, sont encore amenés à rappeler que la notion de situation irrémédiablement compromise ne saurait se confondre avec celle de l'état de cessation des paiements ou avec l'état de redressement judiciaire ; en décider autrement reviendrait à vider de son sens l'article 1er de la loi du 25 janvier 1985.[27]

D'après les magistrats, l'entreprise en situation irrémédiablement compromise au sens de l'article 313-12 C. mon. fin., serait, comme le définie Mme Pérochon, celle d'une entreprise vouée inéluctablement à une liquidation judiciaire. C 'est le même sens qui a été retenu en matière de responsabilité pour soutien abusif.

Au demeurant il appartient toujours au client de prouver par tous les moyens l'existence de l'ouverture de crédit et la faute du banquier.

B-La responsabilité délictuelle du banquier : la responsabilité pour soutien abusif-

Le banquier peut également voir sa responsabilité mise en jeu par des tiers victimes de crédits qu'il a imprudemment accordés à l'un de ses clients. La responsabilité du banquier est ici mise en cause dans le cadre d'une procédure collective. Contrairement au cas

---

considération est le passif exigible et **exigé**, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur. V.Cass.com, 28 avril 1998, J.C.P. E, 1998, ,p.1927, note G.A. Likillimba.

[26] La situation irrémédiablement compromise était la référence retenue par la jurisprudence antérieure à 1979 comme critère de la cessation des paiements.

[27] CA Paris, 1er décembre 1998, Rev. dr. banc., 1999, p.30, obs.J. Crédot et Y. Gérard.

précédent la responsabilité ne repose par sur une rupture de crédit, mais sur sa prolongation abusive. L'octroi ou le maintien de crédit, pour être fautif, doit être inadapté à la situation voire à la personnalité de son bénéficiaire. Deux cas principaux sont à distinguer.

En premier lieu, le maintien d'un crédit peut entraîner une aggravation du passif du débiteur failli, due en particulier à un prolongement artificiel de l'activité de l'entreprise *irrémédiablement compromise.* Cette solution a été affirmée par la jurisprudence *Laroche* qui a permis l'action de la masse des créanciers contre le banquier, faisant lui aussi partie de cette même masse[28].

En second lieu, le crédit attribué à tort peut entraîner une ***apparence*** de prospérité du débiteur aux yeux des tiers. Les crédits bancaires peuvent en effet, compromettre la sécurité des relations commerciales. Les risques sont réels. Un crédit octroyé à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise a souvent pour seul effet d'augmenter le nombre de ses créanciers et de son passif, comme dit précédemment. Le crédit permet à l'entreprise de continuer pendant quelque temps son exploitation et, créant une apparence de solvabilité, de faire de nouvelles victimes. Les créanciers du crédité, victimes de cette fausse apparence, perdront finalement leur créance dans la disparition inéluctable de l'entreprise ; ils peuvent légitimement demander réparation de ce préjudice[29].

Pour que la responsabilité du banquier soit mise en jeu, il n'est donc pas nécessaire que le banquier se soit rendu coupable d'une collusion frauduleuse, il suffit qu'il ait commis une faute au sens de l'article 1382 C. civ.[30]Les tribunaux rappellent constamment ce principe[31].

---

[28] Cass. com., 7 janvier 1976, D. 1976, n°277, note F. Derrida et J-P Sortais.

[29] Pendant un certain temps, cette responsabilité a trouvé un appui dans l'idée selon *les banquiers exercent une activité qui « s'apparente à un service public »*. L'idée devait être bien comprise. Il ne s'agissait pas de prendre l'expression « service public » dans son sens technique et lui faire produire tous les effets qu 'elle comporte en droit public. Elle n'était cependant pas inutile. Elle mettait l'accent sur la gravité des décisions bancaires en matière de distribution du crédit et elle conduisait à renforcer les devoirs et obligations dans ce domaine. Aujourd'hui, l'application de l'article 1382 au banquier dispensateur de crédit n'est plus discutée et doctrine et jurisprudence ne font plus appel à cette comparaison entre le rôle du banquier et une mission de service public. Cependant comme l'écrit M. J.Stoufflet, « Il demeure que la banque crée et véhicule une valeur qui n 'est pas une marchandise comme les autres : la monnaie. C 'est le sang de l'économie. Les actes et les abstentions du banquier ont de ce fait des conséquences sans commune mesure avec les comportements des autres agents économiques », J. Stoufflet, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? JCP 1965. I.1882.

[30] Voir la note très synthétique de MM. Crédot et Gérard, Rev. dr. banc., 1990 , p.74.

[31] Cass. com., 28 novembre 1960, Bull. civ, III, n°348, et en dernier lieu CA Amiens, 19 décembre 1997, Gaz. Pal. 27 janvier 2002, p.30, note Bouriez-Brunet A.

Or, la notion de faute pose un véritable problème de définition. On a trop souvent tenté de dresser un catalogue des différentes fautes que peut commettre un banquier. Comme le dit M. Rives Langes il est plus juridique de définir les devoirs qui incombent au banquier dans la distribution du crédit : la faute, se définirait alors comme un manquement à un devoir préexistant. La doctrine a su distinguer deux devoirs : un *devoir de discernement* et un *devoir de s'informer*[32].

Le banquier doit faire preuve de discernement lors de l'octroi du crédit, et au cas où le risque assumé n'aurait pas dû l'être, il ne peut pas s'abriter derrière une prétendue ignorance de la situation réelle de l'entreprise, il doit s'informer.

En pratique ces deux devoirs sont liés car le discernement suppose la connaissance. L'évolution récente de la jurisprudence permet de découvrir à la charge du banquier, dans certains types de crédit, un *devoir de surveillance* de l'emploi des fonds prêtés[33].

Pour simplifier, le soutien apporté à une entreprise ne peut, par lui-même, être source de responsabilité délictuelle. Il ne constitue une *faute au sens de l'article 1382* que si la situation du débiteur était déjà obérée au point de pouvoir être qualifiée *d'irrémédiablement compromise* et ce au moment où le crédit a été consenti.[34]De plus, il faut que le banquier ait connu la situation irrémédiablement compromise de son débiteur, sans quoi sa responsabilité ne sera pas retenue[35].

Dès lors, la responsabilité du créancier doit pouvoir être écartée dans l'hypothèse inverse de celle prévue par la loi bancaire dans son article 60, si au moment de l'opération critiquée, le bénéficiaire ne se trouvait pas dans une situation irrémédiablement compromise.[36]

C- La responsabilité du banquier fondée sur sa qualité de dirigeant de fait d'une personne morale-

La responsabilité du banquier fondée sur sa qualité de dirigeant de fait d'une société était autrefois fondée sur l'article 99 de la loi du 17 juillet 1967. En effet, lors du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens d'une personne morale, le tribunal pouvait décider

[32] Ce devoir n'est que l'un des aspects du devoir de prudence et de diligence qui pèse sur chacun de nous, V. J.L.Rives- Langes op. cit. p. 601, n°652.
[33] Pour une analyse complète de ces différents devoirs voir J.L.Rives Langes, op. cit. n° 653 et suivants.
[34] Cass. com., 7 janvier 2003, arrêt n° 99-15.806.
[35] Cass.com, 11 mai 1999, BRDA 2001, n°23, p.7.

qu'une dette sociale devait être supportée en tout ou partie par tous les dirigeants sociaux de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non. Selon une jurisprudence établie, la qualité de dirigeant de fait « *s'entend de toute personne physique ou morale qui, assumant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit exerce en fait en toute souveraineté et indépendance, une activité de gestion et de direction* [37] ».

Si l'article 99 de la loi est abrogé par la loi du 25 janvier 1985, le débat de fond reste. Il est parfois difficile de faire la distinction entre ce qui ressort du rôle normal du banquier dispensateur de crédit et du rôle de dirigeant de fait de la société à laquelle il prête de l'argent.[38]L'exercice du devoir de surveillance et de contrôle, les conseils de gestion qui peuvent être dispensés à la société cliente, ne peuvent conférer au banquier la qualité de dirigeant de fait, et ceci d'autant plus que le banquier devient de plus en plus un *« partenaire de gestion financière de l'entreprise* », et non pas un simple prêteur de fonds.[39] Nombre de grandes décisions financières des sociétés commerciales (introduction en bourse, fusion, émissions d'obligations, plan de redressement) donnent lieu à des conseils de la part des banquiers (ingénierie financière).

Or, il convient bien de distinguer entre le conseil qui ne lie en aucun cas celui qui le reçoit, (il garde toute souveraineté pour l'appliquer ou non), et l'immixtion dans la gestion de l'entreprise.
Dans l'ensemble toutefois, les actions tendant à faire prononcer la condamnation du banquier en tant que dirigeant de fait de l'entreprise[40], sont vouées à l'échec.

Sauf circonstances exceptionnelles, l'intervention du banquier s'explique non par la volonté de diriger l'entreprise mais par celle de mieux garantir les crédits accordés. La banque ne sort pas nécessairement de son rôle de bailleur de fonds même lorsqu'elle impose des décisions, telle une modification de la structure juridique et financière de l'entreprise, qui ressortissent

---

[36] J.L.Vallens, Lamy droit commercial, op. cit. n°3700.
[37] CA Paris 17 mars 1978, D. 1978. I.R.420, obs. Vasseur.

[38] M. Martin observe que la qualité de dirigeant de fait dépend non du crédit accordé, mais des moyens que le banquier peut mettre en œuvre pour en assurer le recouvrement, Revue Banque, 1978, p.656.

[39] CA Paris, 6 janvier 1977, J.C.P 1978. II.18689, note Stoufflet.

[40] M. Cabrillac et J-L Rives –Lange, R.T.D. Com 1977.143.

des seuls pouvoirs des dirigeants de droit : il s'agit en effet, d'une condition du maintien ou de l'octroi du crédit et non d'un acte de direction de l'entreprise.

En définitive, l'on peut voir que le banquier est dans une situation assez difficile face à une entreprise en difficulté, étant généralement le seul solvable, sa responsabilité peut être recherchée par les différents créanciers du débiteur failli. En pratique, le plus souvent, le banquier risque de voir sa responsabilité mise en jeu pour soutien abusif. Le problème ne se pose en pratique, qu'après l'échec de l'entreprise et le juge doit alors se livrer à un pronostic rétrospectif pour se demander si, au moment où le crédit a été accordé, le débiteur pouvait se redresser.
Pour résumer en une phrase l'esprit de la jurisprudence, *on dira que le concours est légitime si l'entreprise a, grâce à lui, des chances de se redresser et qu'il ne l'est pas si la liquidation est inévitable*. Nous verrons plus loin comment l'octroi du crédit dans le cadre d'un règlement amiable peut venir influencer le risque de mise en cause de responsabilité de la banque.

Paragraphe 2- Le recouvrement des crédits-

Comme nous l'avons dit plus haut, le maintien des crédits antérieurs et surtout, **l'octroi de nouveaux crédits** sont toujours présentés comme un moyen nécessaire pour sauver l'entreprise.
A défaut, cette dernière risque de déposer son bilan. Ce faisant, l'établissement de crédit est également une entreprise comme les autres, elle se doit d'être rentable. A ce titre, au-delà de la question de la responsabilité, se pose celle de ***l'opportunité financière pour le banquier***, de renforcer le crédit à une entreprise en difficulté en vue de son redressement et du remboursement ultérieur des dettes accumulées.

Certes, il est vrai que l'attitude du banquier dépend d'abord de la situation de l'entreprise et de ses chances de redressement. Cependant, compte tenu du risque encouru, sa décision sera largement influencée par l'existence de garanties susceptibles de lui être accordées en cas d'échec. Il doit donc sécuriser son crédit.

L'examen de la responsabilité du banquier, nous montre bien qu'en plus du risque économique, il existe également un risque juridique pour le banquier. Dans ces circonstances l'on peut légitimement se demander s'il existe une situation où le banquier ne prend pas de risque juridique en offrant ses concours qui sont déjà par essence source de responsabilité économique. L 'étude du sort des crédits consentis à une entreprise en difficulté s'impose. Aussi, pour mettre en exergue l'utilité du règlement amiable nous examinerons le recouvrement du crédit consenti à une entreprise *in bonis* (A) et le recouvrement du crédit consenti à une entreprise en redressement judiciaire (B).

A- Le recouvrement du crédit consenti à une entreprise in bonis-

Le banquier, peut consentir des crédits soit dans le cadre d'un concordat amiable, soit dans le cadre d'un règlement amiable.

En effet, le recouvrement peut être opéré à l'encontre d'une entreprise certes en difficulté, mais en dehors des procédures mises en place par les lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985 (c'est la voie du concordat) ; cependant l'éminence du dépôt de bilan exerce une influence certaine sur les règles applicables au recouvrement du crédit.

Par hypothèse, l'entreprise est encore *in bonis*, et le banquier qui est contraint d'octroyer de nouveaux crédits peut le faire dans le cadre d'un accord de droit commun. Avant d'examiner le contenu et la conclusion de ce type d'accord, il convient de dire quelques mots de la notion de période suspecte (1) en droit des procédures collectives afin de comprendre les dangers auxquels l'établissement de crédit peut être confronté ici (2).

1) Les nullités de la période suspecte.

Lorsque l'entreprise est en difficulté au moment du remboursement d'une créance ou de la constitution d'une garantie, une question reste en suspens : les actes ne vont-ils pas être annulés parce que la période suspecte[41] est déjà commencée ? La réponse à cette question ne

[41] La période suspecte est une phase qui s'étend de la cessation des paiements au jugement prononçant le redressement ou la liquidation judiciaire. En fixant la date de cessation des paiements, le juge détermine la

sera connue que plus tard, soit l'achèvement d'un délai de 18 mois sans qu'un redressement ou une liquidation judiciaires soit prononcé, soit par le prononcé dans ce délai de 18 mois d'un redressement judiciaire qui déterminera la date de cessation de paiement[42]. Ainsi, au moment où il est accompli, le sort de l'acte est incertain : accompli dehors de la période suspecte, il ne peut être attaqué que pour fraude paulienne[43] ; accompli en période suspecte, il tombe sous le coup des nullités édictées par les articles L. 621-107 à L.621-110 du Code de commerce[44].

Selon l'article L.621-107 sont obligatoirement nuls les actes suivants accomplis pendant la période suspecte :

-la constitution de sûretés sur une dette antérieure contractée ;

-le paiement de dettes non échues au jour du paiement ;

-le paiement de dettes échues fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereau Dailly ou tout autre mode de paiement admis dans les relations d'affaires[45].

La nullité facultative[46] est encourue pour tout acte accompli en connaissance de cause de l'état de cessation de paiement de l'entreprise par le cocontractant, en l'occurrence le banquier. Le banquier a, à cet égard un devoir de s'informer calqué sur celui qui lui incombe en matière de responsabilité pour crédit abusif. Il y a des situations que le banquier ne peut prétendre ignorer.

---

période suspecte qui en tout état de cause, ne saurait excéder 18 mois. Certains actes accomplis par le débiteur au cours de cette période sont nuls. A l'instar de ce qui se passe en matière de responsabilité, les nullités de la période suspecte se situent également dans le cadre de la recomposition du patrimoine de l'entreprise en redressement judiciaire.

[42] C. Saint –Alary –Houin et M.H.Monsérié, Nullités de droit et nullités facultatives, Jurisclasseur com., fasc. 2506 à 2515.

[43] C. Pizzio-Delaporte, L'action paulienne dans les procédures collectives, R.T.D. Civ., 1995, 715.

[44] Ancien articles 107 et suivants de la loi du 25 janvier 1985.

[45] Sur la notion de mode normal de paiement, V. J.-L Rives-Langes, Revue Banque, 1985, p. 1073.

[46] La fraude est présumée dans la première hypothèse, dans la seconde hypothèse elle doit être prouvée.

2) les dangers d'une voie purement contractuelle.

Ainsi que nous l'avons évoqué dans l'introduction, l'entreprise qui ressent des difficultés peut avoir recours au concordat amiable[47]afin de restructurer ses crédits. La restructuration des crédits apparaît sur fond de crise. L'entreprise qui demande la restructuration des crédits qui lui ont étés consentis n'est pas par hypothèse en bonne santé financière. Elle ne peut pas faire face à ses obligations telles qu'elles résultent des contrats de crédits antérieurs, et bien souvent, à la nécessité de rééchelonner les crédits antérieurs s'ajoute la nécessité d'en consentir de nouveaux.

Rééchelonnement des crédits antérieurs, octroi de nouveaux crédits sont les deux composantes d'un concordat amiable. Le concordat amiable est un accord entre les principaux créanciers et l'entreprise débitrice. Cet accord est soumis au droit commun aussi bien en ce qui concerne sa conclusion, son contenu et les sanctions de son inexécution. C'est là une différence fondamentale avec le règlement amiable où la présence du juge est obligatoire, notamment pour désigner le conciliateur.

La conclusion de l'accord n'obéit à aucune règle spécifique. Elle peut être facilitée par la médiation d'un mandataire ad hoc, mais l'accord n'en devient pas pour autant un contrat judiciaire car il demeure un contrat de droit commun. Il n'est pas nécessaire pour la validité de l'accord que tous les créanciers y participent ou soient appelés à y participer.
Le contenu de l accord est librement déterminé par les parties : octroi de délais, différé de remboursement, réduction du taux d'intérêt, remise de dette.

Cependant, l'avantage du règlement amiable sur le concordat amiable est double.

D'une part, l'octroi de délais et de remises par le banquier dans le cadre d'un règlement amiable, a toujours pour contrepartie l'adoption de mesures de redressement (licenciements, cessions), la négociation ne s'arrêtant pas à l'apurement du passif. Or par le jeu de ces conditions, le banquier est amené à jouer un rôle, certes indirect mais important tout de même, dans la gestion de l'entreprise. La procédure de règlement amiable, contrairement au

[47] Le concordat amiable est également appelé accord de restructuration, pacte d'atermoiement ou encore plan de sauvetage.

concordat amiable, est une protection efficace du banquier contre le risque de se voir immiscer dans *la gestion* de l'entreprise cliente.

D'autre part, le concordat amiable n'est pas sans risque lorsque le sauvetage de l'entreprise échoue. Il est considéré comme révélateur de l'état de cessation des paiements et les créanciers signataires ne peuvent prétendre ignorer cet état. Dès lors, la renégociation des crédits dans le cadre d'un concordat amiable peut être génératrice de responsabilité. Au contraire, le règlement amiable, *s'il ne l'élimine pas totalement, limite* le risque de voir la responsabilité du banquier mis en cause pour avoir, par l'octroi de remises et délais - voire de crédits nouveaux – prolongé artificiellement la survie de l'entreprise. En effet, la présence du conciliateur lors de la conclusion du règlement amiable peut laisser croire que l'état de cessation des paiements est éloigné. Nous examinerons ce point plus en détail lors de l'étude des effets du règlement amiable.

De plus, à notre avis, comme nous l'avons dit, ce pacte d'atermoiement, est un peu la reconnaissance par la banque, qui y participe, de l'état de cessation des paiements de l'entreprise ; alors que la procédure de règlement amiable ne doit en principe, être ouverte que dans la mesure où il n'y a pas encore de cessation des paiements. Puis, si le redressement est ouvert, les pactes conclus, donc les sacrifices consentis par le banquier sont maintenus, alors que si le banquier consent des sacrifices dans le cadre d'un règlement amiable et si les choses tournent mal, le pacte est résolu en vertu de l'article L. 621-3 C. com. (art. 5 de la loi du 25 janvier 1985).

Voyons maintenant le recouvrement du crédit consenti à une entreprise en redressement judiciaire.

B- Le recouvrement du crédit consenti à une entreprise en redressement judiciaire-

La participation du banquier au règlement amiable présente certains avantages par comparaison au sort qui lui est réservé dans une procédure de redressement judiciaire.

Dans le cadre des crédits octroyés pendant la période d'observation, il est naturellement impossible de reprocher au banquier de ne pas avoir supprimé les ouvertures de crédits antérieurement consenties puisque la décision en ce qui les concerne dépend de l'administrateur en vertu de l'article L. 621-28 C. com. (ancien article 37 de la loi du 25 janvier 1985).

S’agissant des nouveaux crédits consentis à la demande de l’administrateur ou du débiteur, une mise en jeu de la responsabilité du banquier ne paraît pas envisageable. Elle est d’abord exclue si le concours a été autorisé par le juge commissaire. D’autant, que même sans cette autorisation, une mise en œuvre de la responsabilité de la banque serait contraire à l’esprit et à la lettre des textes puisque le législateur a expressément accordé un privilège à ces concours nouveaux, (art. L. 621-32 C. com., ancien art. 40 de la loi de 1985) et que, pendant la période d’observation il y a légalement un doute sur le point de savoir si la situation est irrémédiablement compromise puisque le tribunal n’a pas immédiatement ordonné la liquidation.
Nous pouvons donc voir que le banquier qui consent des crédits durant la période d’observation, bénéficie non seulement d’une garantie légale quant au recouvrement de sa créance, mais il échappe également à la mise en cause de sa responsabilité pour soutien abusif de crédit. Dans ces conditions, pour quelles raisons ce dernier participerait-il au règlement amiable ?

La réponse à cette question n’est guère difficile.

En premier lieu, le banquier, comme tout créancier pense avant tout au sort de sa créance pour faire face à ses propres obligations. Or, ce dernier peut préférer ne pas attendre trop longtemps pour recouvrer sa créance.

En second lieu, la participation du banquier au règlement amiable présente certains avantages par comparaison au sort et au rôle qui lui est réservé dans une procédure de redressement judiciaire. Le caractère purement contractuel du règlement amiable permet la souplesse en évitant les rigidités inhérentes à une procédure judiciaire et suscite la concertation entre l’entreprise et ses créanciers. Au contraire, dans une procédure de redressement judiciaire, le banquier sera souvent contraint d’accorder des délais et remises qu’il ne pourra pas négocier. Plus simplement, le banquier dans le règlement amiable a un rôle actif, dans le cadre du redressement judiciaire il « **subit** » la procédure.

Enfin, et contrairement à l'avis de M. Vasseur [48], le banquier n'a pas forcément intérêt à refuser de participer au règlement amiable pour que l'entreprise relève du redressement judiciaire et pouvoir ainsi bénéficier de l'article L. 621-32 C. com. (article 40 de la loi de 1985), qui crée un super privilège pour certains crédits accordés par la banque. Cet article, viserait en effet à s'en tenir à une interprétation littérale de son texte, les seuls financements consentis pendant la période d'observation, donc pendant un laps de temps relativement court. En outre, ces crédits seront primés par les frais de justice et les créances salariales qui constitueront la plupart du temps, notamment en cas de poursuite d'activité, une **grande masse du passif**. De plus, il est vraisemblable que ces crédits seront remboursés à l'aide de nouveaux financements que le banquier sera amené à accorder après la phase d'observation et qui ne bénéficieront probablement pas de l'article L.621-32.

Toutes ces raisons font qu'il paraît excessif et infondé de prétendre que le banquier aura intérêt à refuser de participer au règlement amiable et laissera l'entreprise aller au redressement judiciaire.

En définitive, l'on voit bien, que la position du banquier face à une entreprise en difficulté est délicate. Celui-ci, en sus du risque économique qu'il est l'un des premiers à assumer lors de la faillite de son client, doit faire face à la montée du risque juridique présenté par les multiples actions en responsabilité, généralement engagées par les créanciers du failli, tentées de se retourner contre celui qui reste le plus souvent le seul solvable dans le contexte d'une insuffisance d'actif constatée après l'ouverture d'une procédure collective.[49]

Pour simplifier, si le banquier octroi de nouveaux crédits dans le cadre d'un concordat amiable sa responsabilité pour soutien abusif risque d'être mis en jeu plus facilement qu'en participant à un règlement amiable. A l'extrême, il peut attendre et n'octroyer de nouveaux crédits que dans le cadre d'un redressement judiciaire. Mais dans ce second cas, un risque de non-recouvrement des créances peut exister.

---

[48] M. Vasseur, Le crédit menacé : brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficultés, p.3, J.C.P. E. 1985, II, 14569.

[49] A. Feitz, Soutien abusif : un risque croissant pour les banques, Option Finance, 1996, p.10.

Au vu de ces différentes considérations, la participation du banquier au règlement amiable, comme nous l'avons examiné, paraît être la solution la plus opportune, tant pour lui que pour son débiteur. Sans l'octroi de nouveaux crédits, l'entreprise n'a aucune chance de se redresser. Au final, le banquier sera amené à faire un choix : participer au règlement ou attendre le redressement.
Son choix sera d'autant plus simple, que la loi du 10 juin 1994 a introduit deux dispositions dans le cadre de la négociation, encourageant les différents créanciers, et au premier chef le banquier, à participer au règlement amiable. Il convient donc de les examiner.

Section 2 -La négociation du règlement amiable-

La conclusion de l'accord amiable suppose que le juge, saisi par le débiteur[50], nomme un conciliateur et que celui-ci mène à bien la mission hautement aléatoire qui lui est confiée. En effet, le conciliateur est appelé à jouer un rôle très important[51] dans le règlement amiable. Il fait la liaison entre les intérêts opposés qui s'affrontent et permet le dialogue en vue d'un accord.

Le président détermine la durée de la mission du conciliateur. Dans le règlement amiable de droit commun, celle-ci est limitée à trois mois, mais peut être prorogée d'un mois au plus, à la demande du conciliateur. Cette relative brièveté explique l'utilité, parfois, de désigner au préalable un mandataire *ad hoc*, qui pourra ensuite être nommé conciliateur. Pour accomplir sa mission, le conciliateur dispose des informations que lui communique le président ainsi, le cas échéant, que des résultats de l'expertise.[52] Il pourra ainsi déterminer les remises de dettes ou délais de paiement, qu'il est nécessaire en vue du redressement, d'obtenir des créanciers. Bien que les textes visent les principaux créanciers, il ne saurait être exclu, si l'état du passif

---

[50] Pour que le débiteur puisse bénéficier du règlement amiable, sa situation doit répondre aux deux conditions cumulativement requises par l'art. L. 611-3 C. com. : l'absence de cessation des paiements et une difficulté ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

[51] Selon l'article L. 611-4, I, C. com. le président *« détermine la mission du conciliateur, dont l'objet est de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers ».*
[52] Le président du tribunal peut en vertu de l'article L.611-3, al 3, ordonner une expertise sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise et sur ses perspectives de redressement.

le justifie que la liste des créanciers soit réduite à un seul nom, par exemple, celui d'un établissement de crédit.

L'arme principale du conciliateur est sa force de persuasion [53] : à lui de rencontrer et de convaincre de l'intérêt d'un effort les principaux créanciers, sans la bonne volonté desquels il n'y aura pas d'accord amiable. Cet exercice de conviction est d'autant plus délicat qu'il n'a aucune garantie, aucun avantage réel à leur faire miroiter, sinon l'espoir que la situation s'améliore suffisamment. La loi du 10 juin 1994 n'a sur ce point rien changé par rapport au passé, ceux qui acceptent l'accord amiable ne bénéficient d'aucune priorité en cas de redressement judiciaire ultérieur[54].

Dans ces conditions le conciliateur doit s'efforcer de montrer que les chances de redressement sont élevées en raison des engagements que prendrait le débiteur (licenciement, promesse d'augmentation de capital…).

Cependant deux dispositions issues de la du 10 juin 1994 sont de nature à favoriser la participation du banquier au règlement amiable : la « menace » d'une suspension provisoire des poursuites (§1), et la possibilité de prendre des sûretés pour garantir l'exécution de l'accord (§2).

Paragraphe 1 - La « menace » d'une suspension provisoire des poursuites -

Le législateur de 1994 a ouvert une autre voie que celle de l'accord purement contractuel en mettant une place une mesure de suspension des poursuites, dans le but de faciliter la conclusion d'un accord et son exécution.
Cette mesure exceptionnelle qui était au cœur de l'ordonnance du 23 septembre 1967, est au contraire doublement facultative dans le régime de droit commun issu de la loi du 10 juin 1994. Elle l'est d'abord pour *le conciliateur* qui peut, s'il estime qu'une suspension provisoire des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion de l'accord, demander au

[53] J. Mestre, Droit commercial, Litec, 2000, n° 1010.

[54] Voir les critiques de F. Derrida et J.P. Sortais, Les Petites Affiches, 14 septembre 1994, p.6.

président du tribunal d'ordonner celle-ci, pour une durée n'excédant pas celle de sa mission[55] (art. L. 611-4, III C. com.). Ensuite, la suspension des poursuites est facultative pour le président qui doit apprécier son opportunité, et soigneusement peser le pour et le contre.

En principe, la suspension des poursuites doit rassurer les créanciers prêts à participer au règlement amiable, en leur évitant le risque d'être doublés par d'autres créanciers ne participant pas au règlement, et poursuivant utilement le débiteur pendant qu'eux-mêmes négocient. En même temps, elle leur épargne toute tentation de monnayer leur participation au règlement contre un paiement partiel en violation de l'égalité des créanciers, car si la suspension est prononcée le débiteur ne pourra plus effectuer de paiement. Enfin, elle peut être aussi un moyen de pression sur les autres créanciers, de nature, peut être, à les inciter à participer au règlement.

En application des III, IV, V de l'article L. 611-4, l'ordonnance prononçant la suspension provisoire a trois conséquences majeures.
En premier lieu, l'ordonnance procure au débiteur un soulagement immédiat puisqu'elle *suspend ou interdit*, de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement à l'ordonnance du président, *toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ; elle arrête et interdit également toute voie d'exécution*[56] *de la part de ces créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles, les délais impartis à ces créanciers à peine de déchéance ou de résolution étant corrélativement suspendus.*

En deuxième lieu, l'efficacité du dispositif est complétée par l'interdiction générale faite au débiteur de payer les créances *antérieures* à l'ordonnance[57] et ce à peine de nullité, sous la double exception de l'autorisation du président du tribunal et des créances salariales.

---

[55] En réalité cette durée est encore plus brève dans la mesure où le président doit, avant de statuer, recueillir l'avis des principaux créanciers, ce qui prendra au minimum quelques jours (article 37-1 du décret du 1er mars 1985)

[56] Avec le plus souvent les mêmes conséquences que l'article L.621-40 C. com. (ancien article 47 de la loi du 25 janvier 1985)

[57] Tous les créanciers antérieurs ont donc qualité pour former un recours contre l'ordonnance, Voir Chaput, Les Petites Affiches, 14 septembre 1994, p.36.

Enfin, et il s'agit d'une mesure tendant à prévenir toute fraude aux droits des créanciers, la suspension des poursuites interdit également au débiteur, (sauf autorisation du président du tribunal), tout *« acte de disposition étranger à la gestion normale de l'entreprise »* ainsi que de *« consentir une hypothèque ou un nantissement »*.

Pourtant, dans les faits, la suspension provisoire des poursuites est très rarement demandée et obtenue. Elle entraîne du fait de sa publicité, la perte du crédit fournisseur et fragilise l'entreprise.

En effet, l'ordonnance de suspension est notifiée au débiteur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, communiquée au procureur de la République et portée à la connaissance des créanciers par les soins du greffier en la forme prescrite. (art. 37-1, du décret de 1985). De plus, l'ordonnance est publiée pour la seule durée de la suspension des poursuites, au registre du commerce ou sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de grande instance.

Ainsi, le défaut majeur de la suspension des poursuites est la révélation au public des difficultés dont peut souffrir le débiteur, et tout cela, au mépris de la confidentialité qui caractérise en principe le règlement amiable.

Cependant, malgré cet inconvénient certains praticiens considèrent que cette mesure constitue un moyen efficace incitant les créanciers à négocier, par la seule crainte de voir mise en œuvre une suspension des poursuites.

Paragraphe 2 – La possibilité de prendre des sûretés pour garantir l'exécution de l'accord –

Avant la réforme du 10 juin 1994, l'une des raisons du refus des créanciers, et notamment du banquier, de participer au règlement amiable était l'interdiction qui leur était faite d'exiger des sûretés pour garantir l'exécution de l'accord.
Sauf s'ils jouissaient déjà de toutes les garanties possibles, les créanciers de bonne volonté risquaient ainsi de voir d'autres créanciers exiger et obtenir, au cours de la période, non de négociation mais d'exécution de l'accord, les garanties qui leur étaient refusées.

Cette solution est aujourd'hui abandonnée (art. L.611-5, al.1er C.com.).
On distingue généralement deux types de sûretés, les sûretés réelles et les sûretés personnelles.

Les sûretés réelles résultent du fait que certains biens, voire certaines sources de revenus du débiteur, garantissent le paiement de la dette, de sorte qu'en cas de défaillance du débiteur, le produit de la vente de ces biens est remis au créancier muni de la sûreté par préférence aux autres créanciers non garantis dits créanciers chirographaires.
Quant aux sûretés personnelles, elles résultent de l'engagement d'une tierce personne au côté du débiteur, se substituant à lui en cas de défaillance. La sûreté personnelle la plus connue est le cautionnement.

En définitive, nous pouvons constater qu'au vu des différents éléments, le banquier le plus souvent a un grand intérêt à participer au règlement amiable. En participant, le banquier va pouvoir devancer et négocier les délais et remises qui lui auraient été imposés dans un redressement judiciaire. Il pourra ainsi garder une certaine maîtrise dans l'élaboration, la mise en place et le suivi du plan de redressement. De plus, le banquier aura également un avantage psychologique en participant au règlement amiable, il sera en effet difficile de lui reprocher d'avoir de par son intransigeance hypothéqué les chances de redressement de l'entreprise et provoqué sa chute.
Toutefois, pour limiter les risques qu'il peut encourir en participant au règlement amiable, le banquier peut exiger que des conditions soient posées à son intervention.

Chapitre 2 – Les conditions de la participation du banquier au règlement amiable-

Pour limiter au mieux le risque juridique et économique qu'il encourt en participant au règlement amiable, le banquier doit veiller lors de la négociation du plan de redressement de l'entreprise à ce que certaines conditions préalables soient remplies, au niveau des créanciers participants d'une part (Section 1) ; et au niveau des clauses figurants dans le règlement amiable d'autre part (Section 2).

Section 1 - Les conditions liées aux autres intervenants au règlement amiable -

Le banquier, le plus souvent va subordonner son intervention dans la négociation d'un plan de redressement, à la participation de certains créanciers de l'entreprise et ceci essentiellement pour deux raisons.

La première raison tient à la mission qui est dévolue au conciliateur. D'après l'article L. 611-4, I, la mission du conciliateur consiste à rechercher la conclusion d'un accord avec les principaux créanciers de l'entreprise.
Le problème réside dans le fait que ce dernier peut ne pas connaître aussi bien que le banquier l'environnement économique de l'entreprise. Dans ces circonstances *certains créanciers importants peuvent être oubliés ou leur présence ne pas être jugée indispensable* par le conciliateur, alors que le banquier aurait souhaité leur participation pour aider au redressement de l'entreprise. Cela est particulièrement vrai pour un certain nombre de fournisseurs importants de l'entreprise, qui, s'ils décidaient de cesser les relations commerciales, mettraient en péril la continuité de son activité.
En effet, pendant les négociations et surtout pendant l'exécution du règlement amiable, les autres banquiers (s'il y en a) ne doivent pas mettre fin à leurs concours, le fournisseur ne

doit pas cesser de livrer, un cocontractant ne doit pas suspendre une prestation indispensable, le bail commercial ne doit pas être dénoncé. Il est vrai, qu'il n'y a pas automatiquement de suspension des poursuites individuelles[58] et d'interdiction de prendre des sûretés, mais si chaque créancier cherche à se ménager un avantage particulier, l'échec du redressement est assuré. En outre il serait choquant que le banquier et quelques créanciers sélectionnés « arbitrairement » par le conciliateur, travaillent seuls au redressement de l'entreprise en acceptant des sacrifices financiers (délais et/ou remises) qui profiteraient indirectement à d'autres créanciers « oubliés » par le conciliateur. Ces derniers pouvant de surcroît actionner l'entreprise ou constituer des sûretés en garantie de leurs créances.

La deuxième raison poussant le banquier à exiger la participation de certains créanciers au règlement amiable, réside dans la responsabilité pour soutien abusif que ce dernier risque d'encourir pour octroi de nouveaux crédits.

En effet, les tiers qui mettent la responsabilité de la banque en jeu sont souvent les autres créanciers de l'entreprise. Dès lors, une concertation maximum entre les principaux créanciers et le banquier pourrait supprimer ou du moins venir limiter, les risques d'action en responsabilité à l'encontre de ce dernier. Toute action en réparation suppose en effet, comme nous l'avons vu, qu'un préjudice ait été causé au plaignant. Quel serait le préjudice subi par le créancier, compte tenu de sa parfaite connaissance de la situation de l'entreprise et de son adhésion au règlement amiable ?

En pratique, deux catégories de créanciers doivent absolument être, à notre avis, présents pour le succès du règlement amiable : les cautions du débiteur et les différents établissements de crédits composant un pool bancaire.

[58] A la différence de ce qui se passe pour l'entreprise en redressement judiciaire où l'article L. 621-40 C. com. prévoit un arrêt des poursuites individuelles.

Paragraphe 1 - La situation des cautions du débiteur –

Le règlement amiable, comme toute convention de droit commun, ne produit d'effet qu'entre les parties et n'a de ce fait aucun effet à l'égard des tiers. C'est *le principe de l'effet relatif des conventions* : elles ne nuisent pas aux tiers, elles ne leur profitent pas. Les créanciers qui ne l'ont pas signé peuvent donc exercer des poursuites individuelles ou des voies d'exécution et constituer des sûretés. Ils ont également la faculté de déclencher la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

La loi relative au règlement amiable n'a rien prévu quant au sort des cautions du débiteur bénéficiaire d'un règlement amiable. L'accord amiable, qui tend au redressement de l'entreprise, repose généralement sur les délais de paiement ou remises de dettes consenties au débiteur par les créanciers, dispositions dont, en l 'absence de dispositions particulières et en application du droit commun, il faut préciser l'incidence pour la caution dont l'engagement est *accessoire* à celui du débiteur. Il faut distinguer les remises et délais.

La **remise de dette** accordée, au débiteur principal, dans le cadre du règlement amiable, libère la caution par application de l'article 1287 C. civ.[59]Cette disposition ne peut être écartée, car la remise résulte d'un acte volontaire librement négocié entre le créancier et le débiteur. La caution pourra donc s'en prévaloir à l'égard du créancier poursuivant.

S'agissant de l'octroi **de délais de paiement** et donc de la prorogation du terme, la solution est plus controversée. La caution *pourrait théoriquement préférer* s'en tenir au terme initial et payer à cette date ; mais dans le cas contraire, a-t-elle le droit de se prévaloir d'une prorogation de terme ? La doctrine distingue selon qu'il s'agit d'une caution simple ou d'une caution solidaire.

La première bénéficie de la prorogation du terme et pourra l'opposer au créancier qui lui réclamerait paiement. La seconde ne peut s'en prévaloir estiment de nombreux auteurs,[60]et cela par application de l'article 2021 C.civ. selon lequel l'effet de l'engagement de la caution solidaire se règle par les principes qui ont étés établis pour les dettes solidaires.

Cependant, cette analyse est contestée par M. Simler pour lequel il n'est pas normal de traiter la caution solidaire différemment de la caution simple puisque son engagement, bien que

[59]Art. 1287 C. civ. : « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions. Ce principe s'applique aux cautions solidaires ».

solidaire, soit avant tout accessoire à celui du débiteur principal. La caution devrait bénéficier des mêmes délais et se prévaloir, en toute hypothèse, de la prorogation du terme. Cette dernière analyse nous paraît avoir le mérite de respecter le caractère accessoire du cautionnement et devrait donc l'emporter.[61]

En toute hypothèse, la caution peut théoriquement choisir de méconnaître le report d'échéance auquel elle n'a pas consenti. Elle peut ainsi, à l'échéance initiale, poursuivre le débiteur. La caution solidaire peut exercer contre le débiteur le recours *après* paiement si elle a réglé à l'échéance initiale (art. 2029 et 2039 C. civ.), ou *avant* paiement lorsqu'elle ne se prévaut pas de la prorogation (art. 2032-4 C.civ.). De tels recours priveraient partiellement le règlement amiable de son intérêt puisqu'ils supprimeraient le répit accordé à l'entreprise. Aussi, pour éviter l'action de la caution, il convient de l'inciter à *participer* à l'accord et d'introduire dans celui-ci une clause par laquelle les cautions renoncent au recours anticipé ainsi qu'au bénéfice de subrogation.

Paragraphe2 – Le cas des pools bancaires –

Nous allons envisager ici la situation des différents banquiers de l'entreprise en difficulté en cas de financement par pool bancaire. En effet, lorsque plusieurs établissements de crédits interviennent pour financer l'entreprise, chacun doit participer au règlement amiable pour assurer le succès de ce dernier.

Avant d'examiner le comportement des différents membres du pool face à une entreprise faisant l'objet d'un règlement amiable (B), il convient d'en donner une définition (A).

---

[60] M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, Litec, 3e éd., 1995, n° 211.
[61] Ph. Simler, « Cautionnement et garanties autonomes », 2e éd. Litec, n° 427.

A- Définition du financement par pool bancaire -

Pure création de la pratique, les pools bancaires[62] ont pour particularité de n'être régis par aucune législation ou réglementation. Pour une définition générale de cette notion nous nous reporterons donc à la définition donnée par Mademoiselle Zein : « réunion de deux ou plusieurs banques, ayant pour objet la répartition de la charge d'un crédit octroyé ou à octroyer à un emprunteur ».[63]
Il s'agit donc d'une opération de crédit au sens de la loi bancaire du 24 janvier 1984 et qui est ainsi soumise au monopole des établissements de crédit. En outre, il s'agit souvent d'une convention d'ouverture de crédit, au sens du Code civil : si le banquier s'engage à mettre le montant conclu à la disposition de l'emprunteur, ce dernier reste libre de l'utiliser, en tout ou en partie, voire même de ne pas l'utiliser du tout.

La technique des pools bancaires est apparue dans les années 1930 pour pallier l'augmentation du volume des crédits demandés par les emprunteurs. Mais elle n'a connu de véritable essor que vers 1970 avec l'apparition des euro-crédits[64]. Depuis le recours à cette technique est de plus en plus fréquent : il en va ainsi du financement de grands projets (par exemple pour le financement d'Euro tunnel ou encore de Disneyland Paris). Mais, il en va également ainsi dans l'aéronautique (financement d'airbus) ou pour le rachat de sociétés par la technique du LBO.
Cette technique présente de nombreux intérêts.

Le premier, et principal intérêt, réside dans la répartition du risque présenté par l'insolvabilité de l'emprunteur.
En second lieu, cette pratique répond au besoin de fournir à l'emprunteur un crédit d'un montant important. Il est vrai que lorsqu'une opération est simple et sans grands risques, le crédit n'est généralement accordé à l'entreprise que par un seul établissement. En revanche, lorsque l'opération est plus importante ou risquée, il est fréquent que plusieurs établissements interviennent au sein d'un pool, pour son montage financier, en fournissant chacun une partie des fonds nécessaires ou en combinant divers types de crédit. Tel est notamment le cas, lorsque celui qui avance les fonds exige qu'un autre établissement engage sa signature en

[62] Les crédits accordés par pools bancaires sont égalementt appelés *crédits consortiaux* ou crédit accordé au *« tour de table »*.
[63] Y. Zein, Les pools bancaires, Thèse, Economica, 1998.
[64] G. Henrard, La nature de l'intervention des banques dans les euros-crédits, Revue Banque, octobre 1981.

faveur du crédité. Dans de telles hypothèses, il n'est pas rare que l'octroi de tel crédit soit expressément soumis à la condition de l'obtention de tel autre par son bénéficiaire, de telle sorte qu'en application du droit commun, le premier crédit tombe si le second n'est pas mis en place.
Ainsi, le recours aux pools bancaires s'avère inévitable dans le cas des « *jumbo loans* », crédit d'un montant supérieur à un milliard d'euros. Par exemple, le financement d'Eurotunnel, il y a 15 ans, brille par l'énormité des moyens mis en œuvre puisqu'il a, entre autre, nécessité un crédit bancaire international de 9 milliards d'euros, accordé par 160 banques de divers pays et remboursé par les revenus de l'infrastructure.[65]

En troisième lieu, cette technique résulte également d'une contrainte exercée par la Banque centrale sur les banques nationales, puisque, en vertu du règlement du 28 septembre 1984[66], le total des risques pris sur un même bénéficiaire ne doit pas excéder 40% du total de ses fonds propres nets.
Il faut cependant remarquer, que si le recours aux pools bancaires est presque inévitable dans le cadre de crédits internationaux mettant en œuvre des sommes considérables, cette technique est également fréquemment utilisée pour des crédits nationaux un peu plus modestes.

La doctrine a tenté d'effectuer une classification de ces pools[67]. Elle a ainsi mis en exergue une première distinction, que l'on peut qualifier de *summa divisio*, entre les pools révélés et les pools occultes. La syndication bancaire révélée est celle qui conduit à l'établissement d'un lien de droit direct entre chacune des banques membres du pool et l'emprunteur. Au contraire, la syndication bancaire occulte se caractérise par l 'absence de lien de droit entre les banques membres du pool et l'emprunteur.
A côté de cette summa divisio, des distinctions secondaires peuvent être établies.

Ainsi dans le cadre des pools révélés, il est possible de distinguer les pools d'engagement et les pools de concertation : cette division repose sur l'existence ou non d'un mandat confié à

[65] M. Sarmet, Le financement privé du tunnel sous la Manche : cas unique ou exemple ?, Revue Banque, n°473, juin 1987, p. 557.

[66] Règlement CRB 84-04 du 28 septembre 1984, modifié par le règlement 88-07 du 22 juillet 1987, mettant en œuvre la recommandation européenne du 22 décembre 1986 relative à la surveillance et au contrôle des grands risques des établissements de crédits.

l'agent par les banques, agent qui est la banque responsable de la gestion du pool (appelé communément *le chef de file*). Dans la première hypothèse, l'agent dispose du pouvoir d'engager les banques ; dans la seconde hypothèse, le chef de file a un simple rôle de coordination entre les banques et l'emprunteur.

Ensuite dans le cadre des pools occultes, il faut distinguer la syndication indirecte de la sous-participation. Dans le premier cas, la banque initiatrice du pool est liée à l'emprunteur par une relation individuelle de crédit ; dans le second cas, celle de la sous-participation, la banque initiatrice du pool occulte est-elle même membre d'un pool révélé.

En ce qui nous concerne, quel que soit la forme du pool, le risque encouru par les banques prêteuses peut se résumer à la défaillance de l'emprunteur. Risque d'autant plus grave que, comme nous l'avons vu, le montant du crédit accordé est souvent considérable.

Lorsque la situation de l'entreprise débitrice commence à se dégrader, des conflits peuvent naître entre les banques qui avaient diversement apprécié le contenu de leur engagement et qui acceptent difficilement, vu leurs montants, de renoncer à leurs créances. Le redressement et la liquidation judiciaires sont des procédures complexes, qui, dans le cadre d'un pool bancaire, sont sources de nombreux conflits. **Dans le cadre de notre étude ce qui nous intéresse tout particulièrement est de savoir qui peut consentir à un règlement amiable.**

B – Le consentement au règlement amiable dans le cadre d'un pool bancaire –

Pour répondre à cette question, il convient de qualifier juridiquement les pools bancaires afin de les soumettre à un régime juridique déterminé. Cette question peut être résolue facilement si les parties au pool ont choisi un mécanisme juridique déterminé. Cependant, même dans cette hypothèse (qui est très rare en pratique), les tribunaux ne sont

[67] F. Porté, Les tours de table bancaires, Banque et Droit, n°42, juillet –août 1995, p.9.

nullement liés par la qualification donnée par les parties, ils ont même le devoir de restituer à leurs actes leur qualification exacte en vertu de l'article 12 du NCPC.

Dans un arrêt en date du 27 mars 2001,[68] la Cour de cassation vient apporter d'intéressantes précisions en matière de pool bancaire face à des entreprises qui rencontrent des difficultés. La Haute cour a décidé que *même si un pool bancaire peut être assimilé à une société en participation,* le chef de file ne peut pas, sans excéder ses pouvoirs, consentir sans leur accord, un abandon de créance engageant les membres du pool.

En l'espèce, une banque membre d'un pool, avait donné son accord au chef de file pour participer à hauteur de 5% dans le crédit que celui-ci avait accordé à une SCI. L'opération connue des difficultés comme toutes les opérations de promotions immobilières dans les années 90. Par la suite, la banque reprocha au chef de file d'avoir dépassé son mandat en concluant, malgré son opposition, un accord comprenant abandon partiel de créance dans le cadre d'une procédure de règlement amiable. La banque avait demandé en justice la résolution du contrat de participation conclu avec le chef de file, le paiement du capital et des intérêts restant dus, ainsi que des dommages-intérêts.

Pour rejeter ces demandes, la cour d'appel avait notamment relevé qu'une société en participation avait été constituée dont seul le chef de file du pool bancaire était gérant, qu'il n'était pas établi que celui-ci avait dépassé son mandat de gérant et que le protocole de règlement amiable avait été conclu dans l'intérêt de toutes les parties.

La Cour de cassation a jugé que, en statuant ainsi, la cour d'appel n'avait pas justifié sa décision. En effet, la signature de l'accord portant abandon de créance excédait, à défaut de disposition l'y autorisant, les pouvoirs de gestion que le chef de file du pool bancaire tenait de cette qualité. La seule considération que les règlements amiables sont pris dans l'intérêt commun et qu'ils seraient tous voués à l'échec s'il était reconnu à une banque membre d'un pool le pouvoir de s'y opposer était inopérante à cet égard.

Au final, la situation de la banque chef de file d'un pool dans le cadre du règlement amiable est fréquemment source de difficultés. En effet, comme on vient de le voir, ses pouvoirs sont

[68] Cass.com., 27 mars 2001, SA Sté financière immobilière c/ SA Crédit industriel et commercial de Paris, J.C.P. E., n°42, 18 octobre 2001, p.1677.

limités et les remises de dettes qu'elle consent nécessitent l'accord des autres banques membres du pool et celles-ci doivent donc participer au règlement amiable. A l'inverse, lorsqu'elle est appelée au règlement amiable, elle est tenue au secret professionnel, ce qui lui interdit de révéler à toute autre banque extérieure à la procédure l'ouverture de ce règlement amiable et ce, sous peine de sanctions pénales[69].

Finalement, la participation du banquier au règlement amiable et donc à l'élaboration du plan de redressement de l'entreprise va pouvoir être négociée. Rien, n'interdit dès lors au banquier, de demander que soient fixées les obligations réciproques des parties au plan de redressement, en subordonnant son intervention à la mise en place d'un certain nombre de clauses particulières.
Examinons maintenant dans une seconde section, les conditions que le banquier peut exiger quant au contenu du règlement amiable.

Section 2 – Les conditions liées au contenu du règlement amiable-

Pour l'essentiel, malgré la présence du conciliateur, le principe de la liberté contractuelle demeure la clef de voûte de la procédure de règlement amiable. Le banquier comme tout autre créancier est libre de participer ou non à l'accord. Il peut également n'y participer que pour certaines créances et non pour les autres. L'accord de chaque participant est requis et nulle majorité n'impose sa volonté à la minorité.

L'accord porte pour l'essentiel, sur l'octroi de délais et remises. Chaque créancier est libre de consentir les sacrifices qu'il juge utiles et nécessaires. Le principe d'égalité n'a pas cours en droit sinon en fait,[70]en matière de règlement amiable. De plus, le banquier n'est pas lié par

[69] Article L. 611-6 C. com., et, sur renvoi, art. 226-13 du Code pénal.

[70] En pratique, chaque créancier ne consent des sacrifices que dans la mesure où les autres créanciers consentent un effort d'égale importance.

les mesures de redressement proposées par le dirigeant de l'entreprise dans sa requête et par les appréciations du président du tribunal dans son ordonnance nommant le conciliateur.

Enfin, l'octroi de délais et remises de la part du banquier peut être subordonné à des clauses, devant figurer au sein du règlement amiable. Par, le jeu de ces clauses le banquier peut être amené à jouer un rôle plus grand que dans le passé dans l'élaboration du plan de redressement. Son rôle n'est pas limité à la négociation de l'apurement du passif, sans risquer pour autant de se voir reprocher de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise cliente.
En règle générale, ces dispositions qui sont destinées à assurer la bonne exécution de l'accord, sont introduites à la demande du banquier qui va ainsi chercher à limiter les risques pouvant découler de sa participation à l'accord *(risque de responsabilité pour soutien abusif de crédit)* et, à atténuer par ce biais, le poids de ses sacrifices *(risque de non recouvrement du crédit).*
L'importance de ces clauses est du reste capitale, dans la mesure où elles constituent souvent la condition de l'adhésion du banquier aux propositions qui lui sont faites par le conciliateur. Aussi, de nombreux auteurs ont-ils pu voir dans leur existence, la preuve intangible d'une véritable négociation au sein du règlement amiable.[71]

Il est impossible de dresser un inventaire complet de toutes les clauses susceptibles d'être adoptées puisque le principe de l'autonomie de la volonté qui doit régir la conclusion de l'accord confère toute latitude aux parties. Pourtant, un certain nombre de dispositions reviennent communément dans la pratique.
Le banquier peut insérer des clauses limitant le risque de se voir déclaré responsable pour soutien abusif et ceci en exigeant une clause de délivrance des documents comptables (§1) et des clauses augmentant les chances de recouvrer les crédits qu'il a octroyés au débiteur (§2).

Paragraphe 1 – La clause de délivrance des documents comptables-

[71] J.L. Rives- Lange, « Difficultés de l'entreprise : le règlement amiable », La Revue Banque Editeur, 1985, n°51, p.48.

La présence de cette clause au sein du règlement amiable est d'une grande importance. Elle prévoit selon une fréquence et des modalités prédéfinies, la délivrance au banquier, d'un certain nombre de documents comptables supplétifs des obligations légales en la matière.
Ces documents consisteraient, en une situation provisoire des comptes de l'entreprise et en l'état d'accomplissement des obligations prévues dans le plan, tant à l'égard des créanciers de l'entreprise, que du point de vue des dispositions générales fixées pour le redressement de l'entreprise.
Le banquier peut demander à ce que ces documents lui soient communiquées selon une fréquence régulière et rapprochée, de préférence trimestrielle. Ils devront être assortis de la certification de l'expert comptable et/ou du commissaire aux comptes de l'entreprise.

La délivrance de ces documents aura une double utilité pour le banquier.

D'une part, ils lui permettront d'apprécier l'évolution de la situation financière de l'entreprise et les effets du plan de redressement en cours d'exécution. Leur examen permettra de déceler l'inexécution de certain des accords négociés lors de la mise en place du plan et suscitera une concertation entre les créanciers concernés, pour aménager ce plan ou le dénoncer et passer ainsi en phase de redressement judiciaire (c'est toujours l'idée de prévention qui domine, mieux vaut prévenir que guérir !).
Le banquier lorsqu'il sera amené à consentir de nouveaux financements à l'entreprise, attachera une attention spéciale à l'étude de ces documents eu égard aux problèmes de responsabilité attachés par les tribunaux à leur interprétation. De plus, comme nous l'avons vu, la possibilité donnée à l'établissement de crédit par l'article L.313-12 C. mon. fin., de résilier les crédits consentis à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise, milite pour que ces documents fassent l'objet d'un examen détaillé. La responsabilité de la banque risquant toujours d'être engagée pour octroi abusif de crédit, (notamment si l'entreprise est en état de cessation des paiements), il est donc indispensable qu'à des périodes régulières, la banque puisse porter un jugement sur l'état financier et comptable de l'entreprise.

D'autre part, l'examen des documents présentera l'avantage supplémentaire de permettre au banquier de signaler au chef d'entreprise et au conciliateur, sans s'immiscer dans la gestion

de l'entreprise, les déséquilibres ou carences qui auront pu être constatés dans la gestion de l'entreprise ou dans le plan de redressement et tenter d'y porter remède.
En effet, le règlement ayant une nature contractuelle, rien n'empêche en application des principes généraux du droit des obligations, qu'une renégociation entre toutes les parties concernées, puisse modifier une ou plusieurs des clauses et conditions du plan de redressement, notamment par voie d'avenant au plan. Cet avenant devra faire l'objet de la même publicité que le plan initial. Le banquier devra veiller à ce que toutes les parties acceptent l'avenant et qu'il fasse l'objet des publicités dans les mêmes formes et conditions que le plan[72], sauf à s'exposer à une action en responsabilité de la part d'un créancier qui n'aurait pas été informé des modifications intervenues.

Paragraphe 2- Les clauses permettant le recouvrement du crédit –

Outre le fait que depuis la loi du 10 juin 1994 le banquier peut prendre des sûretés pour garantir l'exécution de l'accord, ce dernier peut également exiger la présence dans l'accord d'une clause de retour à meilleure fortune (A), et également subordonner l'octroi de délais et remises à des conditions résolutoires ou suspensives (B).

A -La clause de retour à meilleure fortune -

Cette clause de retour à meilleure fortune[73]serait applicable dans l'hypothèse où l'exécution du plan de redressement ramènerait l'équilibre financier des comptes de l'entreprise. Elle permettrait au banquier qui a consenti des sacrifices financiers, de recouvrer, selon des modalités qui pourraient être préétablies dans le plan, les sommes représentatives des abandons de créances qu'il a acceptés.

L'introduction d'une telle clause nous semble avoir une efficacité double.

[72] Dépôt au greffe, communication au procureur de la République et au président du tribunal compétent ainsi qu'avis au commissaire de la République.
[73] Gavalda, note sous Cass. com. 18 octobre 1961, J.C.P. G. 1962, II. 12438.

En premier lieu, elle répondrait à des considérations d'équité. Il est normal, en effet, que les sacrifices financiers consentis par le banquier et quelques créanciers pour parvenir au sauvetage de l'entreprise, soient compensés par le versement des sommes abandonnées en cas de retour à une meilleure situation financière de l'entreprise.

En second lieu, cette clause aurait l'intérêt de motiver le banquier pour participer au règlement amiable et faire tendre tous ses efforts au redressement de l'entreprise. Le fait pour lui de conserver l'espoir, si l'entreprise se rétablit, de récupérer les abandons qu'il a volontairement consentis, l'incitera à participer et à suivre de près les besoins immédiats et futurs de l'entreprise. **Mieux vaut dans ces conditions, pour lui et également les autres créanciers une perte *possible* en participant à un règlement amiable incluant une clause de retour à meilleure fortune, qu'une perte *probable ou certaine*, en laissant l'entreprise aller au redressement judiciaire.** Le banquier remplira alors pleinement son rôle d'aide au redressement, sans se contenter d'être un partenaire simplement passif, ce qui est souvent le cas dans le redressement judiciaire.

Pour assurer le respect des mesures arrêtées dans le plan de redressement, un certain nombre de clauses résolutoires devront être incluses dans l'accord.

B -Les clauses résolutoires prévues au plan de redressement-

Conformément aux dispositions de l'article 1134 C. civ., le droit commun des contrats peut trouver application en matière de règlement amiable. En souscrivant au plan de redressement de l'entreprise, le chef d'entreprise prend généralement l'engagement de respecter tous les termes de ce plan. Il devra donc logiquement assumer ponctuellement tous les aménagements de structure qu'il aura acceptés,[74]ces aménagements ayant pour contrepartie les sacrifices financiers consentis par les créanciers au plan.

[74] Augmentation du capital social, suppression de branches d'activités déficitaires, mesures industrielles, aliénation de certains éléments d'actifs, compression de personnel.

Selon le droit commun, le non-respect des accords serait sanctionné par la résolution judiciaire du contrat, prononcée d'office en cas d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire[75]ou par la suspension de l'exécution des obligations souscrites par les créanciers. Dès lors, la procédure de redressement judiciaire serait ouverte, éventuellement sur demande d'un des créanciers partie à l'accord, sans que la constatation de la cessation des paiements soit nécessaire. Nous reviendrons sur ce point dans la seconde partie de notre étude.

Le banquier pourrait demander que la délivrance obligatoire d'un certain nombre de documents comptables de l'entreprise soit assortie d'une condition résolutoire, ceci, dans le but de lui éviter de financer une entreprise en cessation de paiements ou dont la situation est irrémédiablement compromise.

De même en cas d'avenant au plan concrétisant par exemple la mise en place de crédits nouveaux, l'obtention de l'accord de tous les créanciers initiaux sur les modifications à apporter au plan, devrait constituer une autre condition résolutoire du plan. Cette clause présenterait un intérêt certain en matière de financements nouveaux en cours d'exécution du plan, et dont l'octroi n'aurait pas été fixé lors de la négociation du plan.

Enfin, les engagements pris par le chef d'entreprise, tant en ce qui concerne les mesures générales de restructuration de l'entreprise, qu 'en ce qui touche au respect des prévisions de remboursement des différents créanciers, devraient également être assortis d'une clause résolutoire.

Cette clause pourrait ne pas avoir un caractère d'application automatique, mais être assortie d'un délai destiné à permettre au chef d'entreprise de justifier le non-respect d'un engagement[76] et permettre aux créanciers de se concerter pour arrêter une position commune.

En tout état de cause, il convient de souligner que le banquier doit faire preuve d'une certaine retenue et veiller à ne pas imposer des conditions trop dures au débiteur au risque de compromettre le succès de la procédure.

Somme toute, le banquier va toujours essayer, de par les conditions qu'ils exigent, d'être un acteur actif du règlement amiable. Cependant, la réalité est parfois complexe et la

[75] Art. L. 621-3 al.2 C. com.

[76] Cas de force majeur ou défaillance d'un client par exemple.

mise en place d'un accord amiable peut être source de difficultés, voire de déceptions pour lui.

Chapitre 3 - Les déceptions relatives à la conclusion d'un règlement amiable avec la banque -

Selon les statistiques, même si le nombre des demandes de règlement amiable n'a cessé d'augmenté ces dernières années,[77] force est de constater que la pratique du règlement amiable n'est pas très répandue. De plus, même quand le président nomme un conciliateur, peu de règlements amiables vont jusqu'à leur terme.

Il y a semble-t-il deux séries de causes à ce peu d'engouement pour le règlement amiable : la première concerne le déclenchement de la procédure (Section 1), l'autre, la négociation du règlement amiable (Section 2).

Section 1 – Les difficultés liées au déclenchement de la procédure –

La procédure de règlement amiable, comme nous l'avons affirmé à plusieurs reprises est une procédure de ***prévention***. Selon les termes même de l'article L. 611-3 C. com., l'entreprise pour pouvoir bénéficier d'un règlement amiable doit éprouver une difficulté juridique, économique ou financière. Si l'entreprise est saine, il n'y a donc pas lieu à règlement amiable.

[77] Ainsi par exemple, le tribunal de commerce de Paris en 1992 a reçu 102 demandes, en 1998 ce chiffre avait atteint les 160. V. La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté- La prévention mode d'emploi, mai 1998, p. 70.

De même, toujours selon cet article, l'entreprise ne doit pas être en cessation des paiements, parce que, sinon, c'est une autre procédure qui doit s 'appliquer : le redressement judiciaire. Plus simplement, il faut donc, qu'il y ait un *risque de cessation des paiements* et non pas une cessation des paiements avérée.[78]

Les chefs d'entreprises, qui ont seuls, l'initiative de la procédure commettent deux erreurs qui sont à l'origine du faible nombre de succès enregistré par les tribunaux.
Dans bien des cas, ils saisissent le président du tribunal trop tard (§1), parfois ils sont tentés d'utiliser le règlement amiable comme un mode de gestion de l'entreprise (§2).

Paragraphe 1 – Le déclenchement tardif de la procédure de règlement amiable –

Dans les petites et moyennes entreprises, le plus souvent les dirigeants saisissent tardivement le président du tribunal de commerce pour solliciter le bénéfice d'un règlement amiable. Or, c'est une procédure de prévention et les chefs d'entreprises ne cherchent pas à prévenir, mais plutôt à guérir une cessation des paiements déjà avérée, par une procédure qui n'est pas la procédure adéquate. Ils attendent le dernier moment pour déposer leur demande de règlement amiable. Cette situation comporte essentiellement deux explications.

Tout d'abord, il y a une évidente méconnaissance de la loi de la part des chefs d'entreprises et de leurs conseils.[79]

Ensuite, il est fréquent que les débiteurs soient réticents à avouer leur besoin de recourir à une aide extérieure de sorte qu'une fois le conciliateur désigné, l'entreprise se trouvait déjà

[78] Dans d'autres lois, notamment la loi hollandaise, il est prévu que le règlement amiable doit intervenir dès lors que le débiteur a la crainte de ne pouvoir payer ses dettes : c'est la cessation des paiements qui s'annonce à l'horizon. C'est à notre avis une définition plus claire que la définition française.

[79] Mais également de la part des tribunaux de commerce (le plus souvent de province) dont l'application hétéroclite révèle le manque de maîtrise de ce procédé Une enquête diligentée par le Professeur Daigre en 1987 auprès d'un certain nombre de tribunaux de commerce faisait en effet apparaître une application diversifiée du règlement amiable selon les juridictions interrogées.
V. J.-J Daigre, La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application, Journée d'étude de l'institut de droit de l'entreprise de l'université de Poitiers, J.C.P. E., 1987, II, n° 15066 p. 628.

bien en cessation des paiements. Il semble en effet, que le dirigeant soit jaloux de la souveraineté dont il jouit au sein de son entreprise. De ce fait, il entend redresser lui-même la barre de son entreprise, et ce n'est que lorsqu'il avoue son impuissance à la redresser qu'il recourt à la justice. Malheureusement, c'est bien souvent trop tard, du temps a passé, et des mesures de redressement qui auraient pu être prises avec l'accord des créanciers plus tôt, ne sont plus faisables car la catastrophe financière est déjà consommée et il faut prononcer à ce moment là le redressement judiciaire.

Paragraphe 2 – L'usage du règlement amiable comme un mode de gestion –

Contrairement au cas précédent, il y a une autre déviation dont se rendent coupables les chefs d'entreprises. Comme nous l'avons dit auparavant, pour que le débiteur puisse bénéficier du règlement amiable, sa situation doit répondre aux deux conditions cumulativement requises par l'article L. 611-3 C. com. : éprouver une difficulté et ne pas être en cessation des paiements.

Or, des dirigeants parfaitement informés des possibilités qu'offre le règlement amiable, essayent quelquefois de tordre un peu le bras de la banque pour obtenir dans le cadre de cette procédure des avantages bien avant la difficulté.

Certes la difficulté se profile peut être à l'horizon, mais un horizon tellement lointain, qu'on peut penser que l'entreprise est saine. L'on peut voir ainsi des dirigeants qui demandent le bénéfice du règlement amiable pour essayer de *maintenir leur marge ou leur profit*. En temps normal, le maintien du profit ou de la marge nécessite toujours des investissements, des emprunts. Or, l'entreprise ne pouvant pas financer ces investissements par des procédés adaptés aux possibilités de l'entreprise peut décider d'emprunter une partie de la somme et pour l'autre partie se retourner en amont, vers les créanciers déjà existants et leur demander un sacrifice, un allégement des échéances, voire une diminution des intérêts, voire même à l'extrême quelques sacrifices sur le capital qui leur est dû. Au final, grâce aux nouveaux emprunts et aux sacrifices des créanciers antérieurs, l'investissement pourra se concrétiser, et le profit et la marge pourront être maintenus.

Il est tout à fait évident que dans cette hypothèse le règlement amiable n'a pas lieu d'être prononcé et le banquier tout naturellement s'y opposera. Elle ne souhaitera pas se laisser entraîner dans une procédure de sacrifices faits, non pas pour éviter la cessation des paiements, mais pour maintenir le profit d'une entreprise.

On voit également en pratique, des dirigeants qui demandent le bénéfice du règlement amiable pour éviter une *perte*. Il faut préciser, que si la perte doit se perpétuer et que si les pertes accumulées par leur importance peuvent conduire à l'état de cessation des paiements, dans ce cas le recours au règlement amiable est légitime.
Cependant, quand la perte n'est que ponctuelle et qu'elle peut être redressée par d'autres moyens, le recours au règlement amiable est inadapté. Or, certains chefs d'entreprises préfèrent demander des sacrifices à leurs créanciers, prétextant ne pas avoir les fonds nécessaires pour procéder à des investissements nouveaux.

Cette double attitude, soit le maintien de la marge bénéficiaire, soit éviter une perte qui dans un esprit de capitalisme libéral devrait être supportée par le dirigeant, peut amener les banquiers à refuser de participer à des règlements amiables.

Section 2 – Les déceptions relatives à la négociation du règlement amiable-

On peut également constater des complications dans le cadre de la négociation du règlement amiable. Celles-ci, tiennent essentiellement à l'appréciation de la banque à être jugé comme un dirigeant de fait (§1), mais également, parfois au comportement des différents acteurs du règlement amiable (§2).

Paragraphe 1 – L'appréciation de la banque à être jugée comme dirigeant de fait –

Comme nous l'avons dit précédemment, dans le concordat traditionnel, tel qu'il existait sous l'empire de la loi de 1967, le rôle des créanciers et de la banque était très réduit. Ces derniers, ne participaient pas aux mesures de redressement et se contentaient de dire s'ils acceptaient des délais ou des remises.

Dans le cadre du règlement amiable, au contraire, le législateur a désiré faire participer véritablement et activement les créanciers à l'élaboration de mesures de redressement. Comme nous l'avons vu dans le chapitre 2, une banque peut très bien vouloir ne participer au règlement amiable que sous couvert de conditions résolutoires. Ainsi, ce dernier, peut décider d'accorder des remises ou délais qu'à la condition que le débiteur prenne telle ou telle mesure salvatrice de l'entreprise : une augmentation de capital, la fermeture de tel secteur de production ou le développement de tel autre.

Ces clauses résolutoires insérées dans l'accord, constituent à notre avis un bon moyen d'inciter le chef d'entreprise à prendre de vraies mesures de redressement. Il est vrai qu'on ne redresse pas une entreprise en demandant simplement des sacrifices aux créanciers : ces sacrifices sont certes nécessaires, mais ils sont le plus souvent insuffisants. Dans ce contexte, le rôle d'une banque, le rôle d'un grand créancier, c'est de consentir des remises et/ou délais, mais à la condition que de véritables mesures soient prises par le dirigeant. Il faut donc que le dirigeant agisse activement de son côté. La souplesse du règlement amiable et cette possibilité de conditions résolutoires laissaient espérer en 1984 que les banques joueraient un rôle primordial dans le redressement des entreprises.

En pratique, si quelques conditions résolutoires sont stipulées, dans l'ensemble, une très grande prudence de la part des créanciers demeure. Les créanciers et notamment le banquier, ont peur que ces conditions résolutoires soient assimilées à une *immixtion dans la gestion* de la société. A notre avis, les craintes des créanciers sont non-fondées et il faut à tout prix que ces derniers fassent preuve en ce domaine d'une responsabilité plus grande.

Paragraphe 2 – Les blocages dans le cadre des négociations -

Selon les termes de l'article L. 611-4 C. com., la mission du conciliateur désigné par le président du tribunal, consiste à rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers[80]. Or, le banquier bien qu'étant le plus souvent le principal créancier est parfois absent du cadre des négociations du fait de la personnalité du conciliateur.

En effet, dans bien des cas, selon quelques auteurs,[81]dont M. Rives-Langes, la personnalité du conciliateur est un facteur de rigidité de la négociation. Dans la loi du 1er mars 1984, le rôle de ce conciliateur, de ce catalyseur, est très discret. Son rôle est celui d'un conseiller du débiteur dans la mesure où il est expert en redressement d'entreprises dans le secteur économique considéré.

Dans la pratique, nous pouvons constater au contraire, que certains conciliateurs, (*sans doute à notre avis, parce qu'ils étaient d'anciens administrateurs et qu'ils avaient l'habitude de manier le pouvoir !)*, essayent d'imposer leurs propres solutions. Alors que le débiteur est par exemple, d'accord pour accepter les propositions que le banquier lui fait, le conciliateur met son veto. Fort heureusement cette situation est extrêmement rare.

Il y a également, des blocages qui proviennent non pas du conciliateur, mais plutôt des autres créanciers que le banquier, et bien souvent, des *autres banquiers du débiteur.*
Dans le règlement amiable, tel que conçu dans la loi du 1er mars 1984, et c'est là une différence avec le droit anglais,[82] chaque créancier consent ses propres sacrifices et il n 'est engagé que parce qu'il les a acceptés. Il n'y a donc aucune majorité qui impose sa volonté à une minorité. Donc, chaque créancier est libre de consentir les sacrifices qu'il juge utile et nécessaires. Si le principe d'égalité des créanciers n'a pas cours en droit, dans les faits il existe.
En effet, si une banque est d'accord pour consentir un sacrifice, tel un abandon de créance, pourquoi une autre banque ne consentirait-elle pas le même sacrifice ? Par conséquent, on

[80]Avant la réforme de 1994, ce texte était plus précis et visait les principaux créanciers.

[81] J.-L. Rives-Lange, Le règlement amiable, bilan de trois années d'application, Banque et Droit, janvier 1989, p.6. ; Y. Chaput, L'échec du règlement amiable et le passage au redressement judiciaire, R.J.C., 1986, p. 106.
[82] M. Prior, La culture du sauvetage des entreprises en difficulté au Royaume-Uni : techniques et procédures formelles de liquidation et de faillite, R.J.C. 1986, p. 141.

assiste à la naissance d'une surveillance réciproque et d'une méfiance : chacun agit en fonction de l'autre, c'est là une difficulté certaine de négociation du règlement amiable.

Enfin, il y a aussi un autre blocage qui vient des créanciers pourvus de sûretés. Le créancier, et tout particulièrement le banquier qui est titulaire d'une sûreté pense qu'il est dans une position très nettement avantageuse par rapport aux autres banquiers qui ont des crédits en blanc, et dans ces circonstances il a trop souvent tendance à surestimer sa sûreté. Il est vrai qu'il faut respecter cette sûreté, mais il faut la respecter à son exacte valeur à ce qu'elle peut procurer comme avantages au banquier. Dans la pratique, on constate qu'il y toujours une tendance à surévaluer la force de la sûreté, ce qui aboutit inévitablement à l'échec de la négociation !

En définitive, nous pouvons constater qu'au vu des différents enjeux qui pèsent sur le banquier, sa participation au règlement amiable est essentielle, tant pour le débiteur, que pour le banquier lui-même. C'est dans ce sens que nous pouvons dire que sa participation est forcée. Sans la présence et l'aide du banquier les chances de redressement du débiteur sont très faibles. De plus, nous connaissons le sort peu enviable qui lui est réservée en cas de redressement judiciaire.

Pour toutes ces raisons et après avoir posé ses conditions, le banquier va devoir apprécier l'opportunité qu'il peut avoir de participer au règlement amiable, compte tenu des effets spécifiques *limités* que son adhésion au règlement va ou pourra entraîner sur sa situation.

Il convient donc d'étudier dans un titre second les conséquences du règlement amiable pour le banquier.

TITRE 2 – LES EFFETS LIMITES DU REGLEMENT AMIABLE POUR LE BANQUIER-

L'accord amiable est une convention de droit privé librement conclue entre le banquier et le débiteur. Il est donc régi par le droit commun des contrats c'est à dire par les articles 1134 et 1165 C. civ. Cependant, l'intervention du juge et la nomination d'un conciliateur font que l'accord a une nature mixte[83] : judiciaire et contractuel. De ce fait, l'accord conclu entre le banquier et le débiteur produit des effets à la fois légaux[84]et conventionnels.

L'objet de ce second titre sera de fournir une analyse des effets du règlement amiable pour le banquier, étant précisé que même si le règlement amiable ne comporte pas de règles propres au banquier et que celui-ci est dans la même situation que les autres créanciers ; le banquier est bien souvent le principal créancier de l'entreprise.

Pour ce faire, la démarche suivie sera purement chronologique.
Après avoir envisagé l'homologation judiciaire dont peut faire l'objet le règlement amiable (Chapitre 1), il s'agira ensuite d'étudier son exécution (Chapitre 2), puis son inexécution (Chapitre 3).

[83] Par son aspect judiciaire, la procédure de règlement amiable s'apparenta à la suspension provisoire des poursuites. Par son aspect contractuel, elle se rapproche du concordat amiable.
[84] A la différence du règlement amiable agricole qui produit ses effets sur la seule base de la volonté des signataires.

Chapitre 1- L'homologation judiciaire du règlement et son utilité pour le banquier dispensateur de crédit.

Le législateur soumet, depuis la réforme du 10 juin 1994, l'accord amiable de droit commun à une homologation,[85]dont nous examinerons les conditions (Section 1) et les effets (Section 2) pour le banquier.

Section 1- Les conditions de l'homologation-

Avant d'examiner le sort de l'ordonnance statuant sur l'homologation de l'accord (§1), il convient de se pencher sur les conditions de l'homologation (§2).

Paragraphe 1 – Les conditions de l'homologation –

Il faut distinguer ici selon que l'accord est conclu avec ***tous*** ou avec seulement les *principaux* créanciers du débiteur.
En effet, en application de l'article 38 du décret du 1er mars 1985, l'accord amiable doit faire l'objet d'une demande d'homologation auprès du président du tribunal[86]. La loi distingue deux hypothèses.

[85] V. art. 36 al.8 et 10 de la loi du 1er mars 1984, (devenu art L. 611-4, VIII et X du C. com.) ; et art. 38 al. 1er, 2, 4 ; 39-1 et 39-2 du décret du 1er mars 1985.

La première est celle de l'accord conclu avec tous les créanciers qui, semble-t-il, doit être homologué *obligatoirement*, le président du tribunal n'ayant aucun pouvoir d'appréciation. Cependant comme l'affirme Mme Pérochon[87], il s'agit là d'une hypothèse d'école car, en l'absence de procédure invitant les créanciers à se faire connaître, il est impossible au président de savoir si tous les créanciers ont participé, aussi nombreux que soient les signataires. Le texte est donc à notre avis inapplicable et il faut considérer que tous les accords amiables relèvent de la seconde hypothèse.

La seconde hypothèse est celle de l'accord conclu avec les principaux créanciers. Il faut sous-entendre ici avec les principales créances[88]. Il peut être homologué par le président, qui peut ici imposer des délais pour les créances non incluses dans l'accord en vertu de l'article L.611-4. VIII du C. com. Ce texte est muet sur les motifs sur lesquels doit ou peut se fonder son refus[89]. Le président vérifie au minimum l'absence de fraude et le respect des conditions légales : absence de cessation des paiements, existence de la rencontre des volontés, et la qualité des signataires. A notre avis, le président devrait toujours exiger la présence du banquier sans qui aucun redressement n'est sérieusement envisageable.
Aucune disposition ne précise les pouvoirs du président. Ils ne sont pas soumis à des conditions comme pour l'homologation du concordat dans la loi du 13 juillet 1967 ou pour l'arrêt du plan de cession ou de continuation dans la loi du 25 janvier 1985. Finalement, l'homologation est toujours facultative et elle intervient après un contrôle de légalité et d'opportunité.

Paragraphe 2 – Le sort de l'ordonnance statuant sur l'homologation de l'accord-

Selon les termes de l'article 38 al. 2 du décret du 1er mars 1985, l'ordonnance par laquelle le président statue sur l'homologation est notifiée par les soins du greffier au

---

[86] Art. 38, al.1er du décret de 1985. Cependant il convient de remarquer que ce texte comporte une lacune car il n'indique pas qui doit demander l'homologation : le conciliateur ? Le débiteur ? Tout créancier diligent ? Le plus diligent ? Il ne comporte aucune sanction (pas de nullité de l'accord, ni de condition suspensive ou résolutoire).

[87] F. Pérochon, op. cit., n°68.

[88] Il n'est pas nécessaire que chaque créancier important ait accepté de faire porter l'accord sur ses principales créances, le créancier reste libre de s'engager dans les liens d'un règlement amiable pour partie seulement de ses créances. Il suffit en effet, que l'accord appréhende globalement la majeure partie du passif du débiteur. Voir Cass. com. 13 octobre 1998, D. Aff. 1998.1817. ; R.T.D.Com. 1999. 185, obs. Macorig-Venier.

débiteur et aux signataires de l'accord. Elle est également communiquée au procureur de la République. Cette ordonnance fait donc l'objet d'une diffusion relativement restreinte, ce qui permet de penser, en dehors de la nécessité de préserver la confidentialité de la procédure de règlement amiable, que l'homologation de l'accord, dans le silence des dispositions légales, n'est pas de nature à produire d'effets vis à vis des tiers.

A l'image de toutes les décisions prises dans le cadre de la procédure, elle est susceptible d'un recours en rétractation, puis d'un appel dans les dix jours, de la part de tout intéressé. Il est à noter que cette possibilité d'exercer un recours en rétractation procède du caractère gracieux et nécessairement provisoire des ordonnances rendues dans le cadre du règlement amiable laquelle fait exception à la règle de dessaisissement qui s'applique traditionnellement au juge de l'homologation.

En effet, le juge statue par une ordonnance qui est une décision de juridiction gracieuse relevant de l'activité juridictionnelle du juge[90]. Elle n'est pas revêtue **de l'autorité de chose jugée car le juge ne tranche pas une contestation**, ce qui nous le verrons plus loin a des conséquences tragiques pour le banquier.

La définition des personnes qui présentent un intérêt à agir est fonction de l'accueil réservé par le président à la demande d'homologation qui lui a été soumise.

Lorsque ce dernier décide ou se trouve dans l'obligation d'homologuer l'accord, les probabilités d'un recours paraissent extrêmement faibles. Le débiteur ainsi que le banquier signataire de l'accord n'ont évidemment aucun intérêt à contester. Il en va de même pour les tiers puisqu'en l'absence de dispositions spécialement prévues à cet effet, l'homologation ne paraît pas être en mesure d'étendre les stipulations de l'accord à leur égard et ne saurait par conséquent leur porter préjudice[91]. D'autant que théoriquement, ces derniers ne sont en outre, pas à même d'en prendre connaissance.

Dans la mesure où l'ordonnance rendue par le président est communiquée au procureur de la République, lui seul paraît devoir présenter un intérêt à agir, à condition toutefois que celui-ci ait réuni les éléments susceptibles de démontrer que la situation présentée par le débiteur ne correspond pas à la réalité et que celui-ci n'est pas en mesure de pouvoir se redresser.

---

[89] La réforme envisage de préciser que le président tient compte de *« l'intérêt de l'entreprise et des créanciers »*.
[90] Art. 25 du NCPC.
[91] J.L. Vallens, D.P.D.E, Bull. 120, p.7692.

Si à l'inverse, le président refuse d'homologuer l'accord, il est évident que le débiteur a intérêt à former un recours. Il semble en aller de même pour ***le banquier***, sauf si ce dernier avait érigé l'homologation en condition suspensive de son engagement.
Reste à savoir, comme l'a fait observer le Professeur Chaput, si, en pratique, un tel recours pourra effectivement être exercé dans la mesure où il est probable que le plus souvent, le refus opposé par le président du tribunal fera apparaître l'état de cessation des paiements du débiteur. Dans ces conditions, ce dernier risque d'être fortement exposé à une saisine d'office de la part du tribunal ou bien à une assignation en redressement judiciaire de la part des créanciers.

Il convient désormais de se pencher sur la portée de l'homologation judiciaire pour le banquier.

Section 2 – La portée de l'homologation-

Les textes observent un mutisme absolu sur les conséquences de l'homologation ou, ce qui revient au même, sur le régime de l'accord non homologué.
Dans cette perspective, tout commande à admettre que les effets juridiques de l'homologation sont forcément limités (§1). Aussi, conviendra-t-il de s'interroger saur la véritable utilité de cette formalité pour les créanciers, et tout particulièrement en ce qui nous concerne, pour le banquier dispensateur de crédit (§2).

Paragraphe 1 – Les effets juridiques limités de l'homologation-

Les seules dispositions de la loi du 1er mars 1984 relatives aux effets de l'accord amiable[92] se contentent simplement de viser l'accord sans distinguer selon que celui-ci a ou n'a pas été homologué.

[92] Article L. 611-4, IX et X ; (article 36 al 9 et 10 de la loi du 1er mars 1984).

En l'absence de texte spécifique, *l'homologation accordée par le président ne saurait conditionner l'efficacité de la convention* intervenue entre le débiteur et ses créanciers[93]. Un refus n'est du reste nullement sanctionné[94]. L'accord amiable tire sa force obligatoire de la seule application de l'article 1134 C. civ. et produit donc valablement ses effets même s'il n'a pas été homologué[95]. Dans la mesure où la loi ne distingue pas, il semble et qui plus est, que l'accord non homologué demeure soumis aux effets légaux du règlement amiable. Il ne paraît pas en effet y avoir d'exclusion du régime légal.

Admettre l'inverse aurait, en effet, pour conséquence de faire de l'homologation une condition de forme, ce qu'aucune disposition ne prévoit. Certes, une partie de la doctrine[96] considérait sous l'empire de la version initiale de la loi du 1er mars 1984 (c'est à dire avant la réforme du 10 juin 1994), que la signature du conciliateur naguère requise par l'article 38 ancien du décret du 1er mars 1985, avait pour effet de conférer la valeur de règlement amiable à l'accord intervenu entre les parties. Si l'homologation semble effectivement remplacer cette dernière formalité, tout rapprochement doit cependant être écarté.

Ainsi, il faut admettre que l'accord non homologué a la même force obligatoire entre les parties que l'accord homologué. En effet, l'accord même homologué conserve sa nature contractuelle, l'intervention du président du tribunal qui l'approuve implique de sa part un *contrôle d'opportunité,* exercé dans le cadre de son activité juridictionnelle : il ne fait rien d'autre que statuer sur une requête en matière gracieuse. Ce contrôle a été discuté, mais les intérêts en présence et les risques de fraude aux droits de certains créanciers imposent un contrôle réel et non un simple visa.[97]

---

[93] A comparer avec les dispositions de l'article 232 du C. civ. relatif à l'homologation de la convention des époux en matière de divorce sur demande conjointe. De même, pour l'article 1397 al.3 du même code relative aux effets de l'homologation de la convention modificative de régime matrimonial.

[94] On peut notamment se référer aux observations du Professeur Jeantin, doutant de la caducité de l'accord non homologué. M. Jeantin, Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 4ème éd. 1995, n°492, p. 308.

[95] F. Pérochon, Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement, L.G.D.J., 5ème éd. 2001, n°70 , p.58.

[96] J.-L. Rives Langes, Difficultés de l'entreprise : le règlement amiable, La Revue Banque Editeur 1985, n°56 p.52 ; Y. Chaput, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, Collection Droit fondamental, P.U.F 1986, n°169, p.179.

[97] J-F Martin et J-L Vallens, Lamy Droit commercial - Redressement et liquidations judiciaires, 2003, n°2420.

La décision d'homologation est prise en fonction de l'équilibre de l'accord, de son intérêt pour l'entreprise débitrice et ses principaux créanciers, dont le plus important en pratique : le banquier.
L'ordonnance du président, si elle donne force exécutoire à l'accord, n'est cependant pas revêtue de l'autorité de la chose jugée car, comme dit plus haut, elle ne tranche pas une contestation[98].

Cependant, la liberté contractuelle autorise les parties à attacher des effets particuliers à l'homologation et à l'ériger par exemple en condition **suspensive** de l'accord amiable ou inversement, à faire de l'absence d'homologation, avant telle ou telle date, une condition **résolutoire** de l'accord. En pratique les parties le font systématiquement parce que *« l'accord non homologué est désormais suspect, en termes non pas juridiques, mais psychologiques*[99] *. L'insertion d'une condition évite toute incertitude aux signataires et améliore la sécurité juridique »*.

Dès lors, si l'homologation n'est pas, en soi nécessaire à l'efficacité de l'accord amiable, on peut se demander si elle n'en étend pas les effets à des tiers, par dérogation au principe de l'effet relatif des contrats. Il est vrai que l'article L. 611-4, VIII *in fine* établit un lien entre l'homologation et les délais de paiement afférents à des créances non incluses dans l'accord, délais qui peuvent éventuellement être imposées à des non- signataires de l'accord[100].
Il ne s'agit en réalité que d'une apparence. En effet, ces délais sont étrangers à la volonté des parties et ne résultent pas des termes de l'accord. Ils sont d'origine judiciaire et restent indépendants de l'homologation que serait amené à prononcer le président. Ces délais peuvent simplement être accordés à l'occasion de l'homologation mais ceci n'est pas une obligation, car les décisions sur l'homologation et sur les délais peuvent ne pas être concomitantes.

---

[98] Ici, réside le problème essentiel pour la banquier, problème que nous verrons en étudiant l'exécution du règlement amiable.

[99] F. Pérochon, op. cit., n°70.
[100] Article L.611-4, VIII, 2ème phrase : « *Si un accord est conclu avec les principaux créanciers, le président du tribunal peut également l'homologuer et* ***accorder au débiteur les délais de paiement prévus à l'article 1244-1 du Code civil pour les créances non incluses dans l'accord*** ».

De plus, le texte précise que ces délais sont ceux du droit commun (article 1244-1 C. civ.), de sorte qu'ils pourraient aussi bien accompagner un accord non homologué.

L'homologation ne saurait non plus, avoir pour effet de figer l'accord. Ainsi, toute modification ultérieure reste envisageable par les parties[101].

En définitive, s'il est indéniable que l'examen de l'accord par le président du tribunal a bien pour effet de conférer, dans sa globalité, un caractère plus judiciaire à la procédure de règlement amiable, il faut bien reconnaître que, du point de vue strictement juridique, l'homologation ne paraît en elle-même aucunement altérer le caractère purement contractuel de la convention intervenue entre les parties. Celle-ci n'est pas l'œuvre du juge. Elle continue à obéir uniquement aux conditions générales du droit commun.

On est donc très éloigné de la fonction traditionnelle de l'homologation des actes judiciaires puisque la décision du juge vient habituellement se greffer sur un accord de volonté qui, à lui seul, ne saurait être efficace, pour donner naissance à un acte hybride de nature mi-conventionnelle, mi-judiciaire[102].Il reste donc à déterminer la véritable utilité de cette formalité dont les auteurs de la loi du 10 juin 1994 n'ont apparemment pas voulu tirer toutes les conséquences.

Paragraphe 2 - Une utilité à déterminer –

En premier lieu, l'ordonnance rendue par le président du tribunal a pour effet de constater l'accord des parties en un certain nombre de points, notamment sur le montant et l 'échéance de certaines créances. En tant que décision de justice, elle présente au moins

[101] C. Laroumet, Procédure de règlement amiable et droit commun in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Colloque Dalloz, octobre 1994, Dalloz 1995, p.106.

[102] I. Balenski, L'homologation judiciaire des actes juridiques, R.T.D.Civ. 1978, p.42et suivants, n°1 et 32 : « L'homologation se traduit par une mise en tutelle du juge d'intérêts privés, que le législateur n'a pas voulu laisser à la libre disposition du justiciable. La volonté des auteurs de l'acte est, à elle seule, impuissante à produire les effets de droit recherchés…Le rôle du juge consiste à parachever un acte incomplet qui, sans son intervention, serait dépourvu d'efficacité ».

l'intérêt d'offrir un *titre exécutoire* aux créanciers signataires qui voudraient engager une procédure d'exécution forcée à l'encontre du débiteur défaillant[103].

L'homologation traduit surtout l'approbation de l'accord par le président du tribunal, ce qui atteste de son sérieux et laisse sous-entendre par ailleurs que toutes les conditions légales ont été respectées et que le débiteur se trouve sur la voie du redressement. Elle offre par conséquent une certaine sécurité juridique à tous les signataires de l'accord notamment dans l'hypothèse où le débiteur ferait ultérieurement l'objet d'une procédure collective.
Le banquier devrait dès lors, se trouver à l'abri d'une éventuelle *mise en cause de sa responsabilité pour soutien abusif* dans la mesure où la mansuétude judiciaire issue de l'intervention du président devrait, hors le cas de fraude, logiquement conduire à écarter toute faute de sa part.[104]
Il est en outre fort probable que l'homologation puisse également *protéger le banquier des actions en nullité de la période suspecte*[105], contre les actes qui auraient été par ce dernier avec le débiteur, dans le cadre du règlement amiable. En effet, sous réserve de l'apparition ultérieure d'un passif inconnu, la décision du tribunal, de par les vérifications que ce dernier est censé avoir effectuées, devrait à priori attester que le débiteur n'était pas en cessation des paiements à l'époque où ces actes avaient été passés.

Malheureusement, toutes ces observations présentent uniquement un caractère **indicatif**. Les vérifications effectuées par le président du tribunal sont le fait d'un juge unique et non d'une formation collégiale. Son ordonnance rendue en matière gracieuse, comme nous l'avons dit à maintes reprises, revêt un caractère provisoire et n'est donc pas assortie de l'autorité de la chose jugée.
A l'inverse du jugement d'ouverture de la procédure collective, celle-ci ne saurait fixer la date de la cessation des paiements dans une décision opposable à tous. En l'absence de dispositions spécifiques, les appréciations du tribunal demeurent souveraines et prévalent sur celles du président.

De ce fait, au-delà de sa dimension psychologique importante, l'utilité de l'homologation est moins assurée pour les créanciers, notamment le banquier, principal intéressé. Ainsi, en

[103] F. Derrida et J.P. Sortais, Philosophie de la réforme, observations critiques, Les Petites Affiches, 14 septembre 1994, n°8 p.6.
[104] Y. Chaput, op. cit.

l'absence de texte et parce que le contrôle exercé par le juge n'appréhende que certains aspects de l'acte, l'homologation ne purge pas l'accord amiable de ses vices éventuels : elle ne saurait, par exemple, faire obstacle à une action en nullité pour dol ou erreur.

En ce qui nous concerne, la question essentielle, sur laquelle le législateur aurait dû se prononcer explicitement, est de savoir *si en cas d'échec du règlement amiable* suivi d'une procédure collective, *l'homologation protège les signataires contre certains risques*, dans le cas où il apparaîtrait à posteriori que l'entreprise était déjà en cessation des paiements à l'époque du règlement amiable ?

Plus spécifiquement, le banquier peut se voir reprocher d'avoir par négligence ou calcul, abusivement soutenu le débiteur, lui permettant de poursuivre son activité en dépit de la cessation des paiements, d'où l'aggravation de sa situation. Par ailleurs, certains actes effectués après la cessation des paiements sont nuls, ce qui pourrait menacer par exemple les sûretés prises pour garantir l'exécution de l'accord amiable.
Répondre par l'affirmative à cette question[106] aurait l'avantage de garantir la sécurité juridique des créanciers et surtout du banquier, favorisant ainsi le développement du règlement amiable.

Un arrêt du 8 octobre 1996[107] laisser espérer une amélioration de la situation du banquier dans le cadre du règlement amiable.
Au dirigeant qui faisait valoir qu'il n'avait pas demandé l'ouverture de la procédure collective parce qu 'il recherchait activement une solution amiable avec ses créanciers, la Cour de cassation répond que les juges ont pu le condamner : « *Peu important les mesures de redressement et les accords avec les créanciers envisagés ultérieurement hors le cadre des dispositions de la loi du 1er mars 1984 organisant le règlement amiable, de telles mesures étant sans incidence sur l'appréciation de sa responsabilité antérieure* ».

---

[105] Articles L.621-107 et L.621-108 C. com. (anciens articles 107 et 108 de la loi du 25 janvier 1985).
[106] F.Pérochon, op. cit., n°71, p.61.

[107] Cass. com. 8 octobre 1996, J.C.P. E 1997.II 917, note J-J Daigre.

Interprété *à contrario*, cet arrêt laisserait à penser que la recherche d'un accord amiable en application de du 1er mars aurait pu avoir une incidence sur l'appréciation de la responsabilité du dirigeant. D'où la tentation de considérer, *à fortiori* que le banquier signataire d'un accord dont l'homologation atteste le sérieux doit pouvoir bénéficier de la même sécurité. Cependant, l'arrêt n'est pas un arrêt de principe, sans compter qu'un autre arrêt très important a été rendu en la matière.[108]

De plus, en dehors de son opportunité (protection des créanciers de bonne volonté et faveur pour le règlement amiable), il est difficile d'assigner un fondement juridique à cet arrêt.

Il ne s'agit pas en effet, de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision du président qui a dû, avant d'homologuer l'accord, vérifier l'absence de cessation des paiements. Comme nous l'avons vu, c'est le tribunal, et non son seul président, qui se prononcera, en cas de procédure collective, sur la date de cessation des paiements, et pour diverses raisons son appréciation peut ne pas coïncider avec celle du président.
Du reste, même si le tribunal avait, à la même époque, constaté l'absence de cessation des paiements, il ne lui serait pas interdit ensuite de décider que, finalement, la cessation était antérieure[109].

L'homologation ne saurait donc constituer un fait justificatif, et il convient donc de rester prudent quant à ses éventuelles vertus absolutoires[110].

En définitive, même si l'homologation ne garantit pas au banquier signataire de l'accord amiable la sécurité dont il serait en droit d'attendre, l'homologation n'est pas pour autant dénuée d'intérêt.

L'approbation judiciaire qu'elle emporte lui fait revêtir une dimension, comme nous l'avons affirmé précédemment, *psychologique* importante au regard de la confiance qu'elle procure aux parties, notamment aux partenaires du débiteur, dont au premier chef le banquier

[108] V. infra Chapitre 2 du Titre 2.
[109] Cass. com. 19 novembre 1996, D. Aff., 1997, n°79.

dispensateur de crédits nouveaux. Ces derniers devraient dès lors, être d'avantage enclins à accepter les propositions qui leur seront faites.

Mais globalement, la portée de l'homologation dans la procédure de règlement amiable reste cependant assez faible. On admettra que pour ne pas bouleverser les principes directeurs de la loi du 1er mars 1984, le législateur n'ait pas voulu faire produire à cette formalité les effets qui lui sont traditionnellement attachés.

Il semblerait que celui-ci ait d'avantage misé sur son caractère symbolique. De ce fait, la nature juridique de l'accord intervenu entre les parties ne saurait être remise en cause.

Examinons maintenant l'exécution du règlement amiable.

Chapitre 2 – L'exécution du règlement amiable et ses conséquences-

Le règlement amiable repose essentiellement sur l'accord conclu entre le débiteur et les créanciers, lequel développe homologué ou non, des effets pour le banquier.

Ces conséquences vont être de deux natures différentes : certaines sont prévisibles et acceptées par le banquier (Section 1), contrairement à d'autres dont le banquier n'a pas la maîtrise, et qui vont pourtant avoir dans certains cas, des répercussions importantes sur sa situation (Section 2).

Section 1- Les conséquences prévues par le banquier-

Sollicité pour participer à un règlement amiable, le banquier va devoir tenir compte de deux séries de conséquences entraînées par son adhésion au plan de redressement. Ces conséquences principales vont être liées non seulement aux remises et délais qu'il consentira,

[110] Ainsi l'homologation ne peut servir à garantir des actes illicites faits au cours de la période suspecte en violation des dispositions de la loi. V. Lamy Droit commercial, 2003, p.1132, n°2420.

mais surtout aux mesures générales de redressement de l'entreprise auxquelles il sera convié à s'associer (§1).
De plus, ce dernier devra considérer que son entrée dans le règlement amiable va provoquer une sorte de statu quo sur les moyens d'action dont il aurait pu disposer (§2).

Il est inutile de s'attarder sur les remises et délais. En effet, même si la banque est souvent le principal créancier de l'entreprise et que son intervention est nécessaire, les remises et délais qu'il accordera sont les mêmes que ceux des autres créanciers (sauf peut être au niveau de leur montant).

Paragraphe 1 –Les mesures générales de redressement de l'entreprise –

Comme nous l'avons dit à plusieurs reprises, en participant à l'élaboration du plan de redressement le banquier doit intégrer le fait qu'il sera nécessairement amené à consentir de nouveaux financements à l'entreprise pendant la période d'exécution du plan.

Il devra donc porter un soin particulier à l'examen des documents comptables de l'entreprise, pour éviter de se voir éventuellement reprocher d'avoir accordé un crédit de manière irréfléchie.

Il pourra également, et cela se révélera vrai pour les entreprises de grande taille, être sollicité pour prendre une participation dans l'entreprise en souscrivant à une **augmentation de son capital social** dans le but de conforter ses fonds propres et de détendre sa trésorerie. Elle pourra le faire soit en injectant de l'argent neuf (ce qui est rare), soit en transformant une partie de sa créance.
En effet, plutôt que de subir une amputation de ses avoirs sans contrepartie importante en cas de redressement de l'entreprise, la banque créancière peut préférer une solution plus active en participant au règlement amiable et avoir ainsi un certain pouvoir de décision pour en infléchir le cours.

Pour autant la banque ne transforme pas de gaieté de cœur sa créance en capital, elle répugne à le faire, sauf marginalement et dans le cadre d'un effort général de l'ensemble des

créanciers. Il est vrai, qu'étant une proie facile dans un environnement impécunieux, elle craint en permanence à tort ou à raison la mise en jeu de sa responsabilité.

Néanmoins, il convient d'après nous de relativiser. La responsabilité de la banque pour octroi abusif de crédit, serait à notre avis, difficile à faire jouer ici. La banque doit avoir commis une faute qui ait entraîné un préjudice à l'égard de celui qui s'en prévaut : un lien de cause à effet doit être prouvé entre la faute et le préjudice. Il est difficile d'envisager que la souscription d'actions en compensation de créances pour participer au sauvetage d'une entreprise puisse entrer dans ce schéma !

Il n'en demeure pas moins, que devenue par la suite un actionnaire significatif, participant au plan de redressement, la banque pourrait se voir opposer une qualification de *dirigeant de fait* susceptible de faire rebondir le problème de sa responsabilité en cas d'échec du plan de restructuration, c'est à dire du règlement amiable (il est à noter que si elle prend un poste d'administrateur, elle est dirigeant de droit !).

Dès lors, à notre avis une option raisonnable peut être le choix d'une position de détenteur **d'obligations convertibles en actions**, permettant à la fois de maintenir son statut de créancier tout en préservant un potentiel de plus-values en cas de succès et ce, pour le plus grand intérêt de l'entreprise qui bénéficie dans l'intervalle d'une consolidation de dettes à un taux inférieur aux conditions du marché.

En outre, une variante de l'obligation convertible en actions est **l'obligation remboursable en actions** qui ôte au porteur le droit au remboursement en espèces (sauf cas particuliers) et sécurise encore mieux le financement de l'entreprise, certaine de réaliser à terme une augmentation de capital.
Enfin, la banque peut envisager de négocier purement et simplement l 'attribution de bons de souscriptions autonomes, rendant plus acceptables les sacrifices qui lui sont demandées par ailleurs (notamment les remises).

Une deuxième série de conséquences provoquée par sa participation au règlement amiable, va venir limiter les droits que le banquier aurait légitimement pu exercer en situation normale.

Paragraphe 2 – La suspension des moyens d'action du banquier –

En acceptant de souscrire au plan de redressement, le banquier va perdre pendant toute la durée de l'accord et au même titre que les autres créanciers parties au plan, la possibilité d'engager une procédure judiciaire à l'encontre de l'entreprise. Effectivement, selon l'article L. 611-4, IX C. com., l'accord amiable « *suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice, toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet…* ».

La durée de la suspension est celle de l'exécution de l'accord. En l'absence, d'une durée unique, commune à tous les signataires, il faut apprécier cette durée créance par créance et admettre que les poursuites sont suspendues jusqu'à l'expiration du délai de paiement accordé par le créancier.
Corrélativement, « *les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances visées… sont suspendus* ».

La suspension des poursuites est *spéciale*, car elle ne s'applique qu'aux actions ayant pour but le paiement d'une somme d'argent et non pas aux actions d'une autre nature telles que les actions en résolution ou en revendication et même les actions qui tendent à faire constater l'existence d'une créance contestée. La solution a le mérite de la logique et doit à notre avis être approuvée. On ne peut vouloir une chose et son contraire, le redressement de l'entreprise et dans le même temps, sa condamnation à paiement.

La loi donne ainsi au débiteur un « *ballon d'oxygène* » qu'il peut utiliser en vue de son redressement. La suspension des droits des créanciers, et surtout du banquier, est largement entendue.
Sont ainsi visées toute poursuite individuelle et toute action en justice. Ainsi, à notre avis, ne peut donc être exercée l'action en revendication qu'un fournisseur, partie au règlement, prétendrait intenter sur le fondement d'une clause de réserve de propriété. De même, cette

suspension des poursuites doit entraîner l'impossibilité de la compensation entre une créance née avant le règlement et une dette du créancier postérieur.
Toutefois, on sait que depuis la loi de 1994, il n'est plus interdit à un créancier partie à l'accord de prendre une sûreté pour garantir le paiement de sa créance.

Par ailleurs, et en dépit du fait que l'accord amiable aura fait l'objet d'une homologation judiciaire, la suspension ne frappe que les droits des créanciers parties à l'accord. C'est dire que les créanciers postérieurs à l'accord mais aussi ceux dont les droits sont antérieurs mais qui n'y ont pas souscrit conservent leur droit d'action.
Toutefois, en vertu de l'article L. 611-4, VIII in fine C. com., le président du tribunal a pu limiter également ce droit en accordant au débiteur des délais de paiement pour ces créances non incluses dans l'accord.

Cependant, comme le dit Mme Pérochon[111], si la finalité de ces textes est évidente on peut demeurer perplexe devant leur rédaction. Car, pour assurer au débiteur le ballon d'oxygène qui lui a été promis, la force obligatoire de l'accord amiable est suffisante et la suspension des actions et poursuites tendant au paiement, limitée aux créances incluses dans l'accord, n'y ajoute rien : si le banquier a consenti un report d'échéance et que le débiteur respecte le nouvel échéancier, toute action en paiement est naturellement impossible. Si le débiteur ne le respecte pas, il y a alors inexécution et, en principe, nous le verrons, résolution de l'accord amiable, étant observé au demeurant que le banquier devrait alors pouvoir agir en paiement, puisque le texte suspend, mais n'interdit pas les poursuites. Aussi la suspension légale des poursuites nous paraît-elle inutile.

Indépendamment des conséquences directes qu'il va pouvoir apprécier lors de son adhésion au règlement amiable, le banquier va devoir tenir compte d'un certain nombre de risques, susceptibles de modifier parfois considérablement, la portée des engagements qu'il a voulu prendre. Il convient de les examiner dans une section seconde.

Section 2- Les risques encourus par le banquier –

[111] F. Pérochon, op. cit n°75.

Nous avons déjà vu dans la première partie de cette étude que l'octroi par le banquier au débiteur, de remises et/ou de délais dans le cadre du règlement amiable, va provoquer des modifications importantes sur la situation de la caution et donc par contrecoup sur les garanties du crédit. Il est donc inutile de revenir la dessus.

Malgré cela, deux risques majeurs pèsent toujours sur le banquier du fait de sa participation au règlement amiable. Ces menaces tiennent en premier lieu au problème de l'éventuelle responsabilité du banquier du fait de cette collaboration (§1), en second lieu au sort des garantis consentis par le banquier dans le règlement amiable, face à une période suspecte (§2).

Paragraphe 1 – La mise en cause de la responsabilité du banquier –

Nous avons étudié les conditions de la responsabilité du banquier pour soutien abusif de crédit, et nous avons vu que le problème essentiel résidait dans la définition de la **faute** commise par le banquier. Le banquier ne doit pas financer une entreprise en situation irrémédiablement compromise, voire en cessation des paiements (étant donné que l'état de cessation des paiements est nécessairement antérieur à celui de situation irrémédiablement compromise).

La question essentielle pour le banquier est de savoir si les crédits qu'il va octroyer dans le règlement amiable, pourront engager sa responsabilité pour soutien abusif ?
Il faut distinguer ici selon que les nouveaux crédits ont été octroyés lors de la conclusion de l'accord (A) ou durant son exécution (B).

A-L’ octroi de crédit lors de la conclusion de l’accord-

Les possibilités financières de l’entreprise ne lui ayant pas permis d’obtenir directement des banques l’ouverture de crédit désirée, il revient au conciliateur de solliciter lors de la négociation du plan de redressement de tels concours auprès des bailleurs de fonds.
C’est grâce aux délais et remises préalablement consentis sur sa demande par les créanciers antérieurs que les crédits nouveaux pourront être pour partie adaptés aux capacités de l’entreprise. Leur octroi sous le contrôle du conciliateur est le gage de cette adéquation, l’auxiliaire de justice ne devant se livrer à une telle démarche qu’à la lumière des renseignements obtenus par le président du tribunal et d’une expertise éventuellement diligentée.

Dès lors dans l’hypothèse où ultérieurement il s’avérerait qu’un tel financement n’a fait que retarder inutilement le prononcé du redressement judiciaire, il ne saurait d’après nous, **engager facilement la responsabilité du banquier** (mais celle-ci est toujours envisageable en théorie). En effet, s’il y a nomination d’un conciliateur par **l’autorité judiciaire compétente** ***c’est que l’entreprise n’est pas en état de cessation des paiements et que sa situation n’est pas irréversible.***

Toutefois, l’intervention de cet auxiliaire de justice n’est pas de nature à éluder systématiquement toute responsabilité du banquier dispensateur de crédit.
Ainsi, lorsque celui-ci aura consenti un soutien financier, alors qu’il savait ou devait savoir que la situation du débiteur était *irrémédiablement compromise*, il engagera sa responsabilité.

En conséquence, si les précautions légales sont respectées, le problème de la responsabilité du banquier ne devrait pas se poser au stade de la conclusion de la convention entre débiteur et principaux créanciers, dont le banquier.

Beaucoup plus incertaine est la situation du banquier pressenti durant l’exécution du pacte amiable.

B- L'octroi de crédit lors de l'exécution de l'accord-

Les nouveaux financements accordés durant la phase d'accomplissement du plan de redressement risquent d'être, pour l'entreprise qui a déjà obtenu le bénéfice d'un règlement amiable, disproportionnés à ses forces. Aussi est-il à craindre que la responsabilité du banquier ne soit mise en cause dans l'hypothèse où un redressement judiciaire serait prononcé.

Le tribunal pourrait en effet considérer que l'entreprise était en état de cessation des paiements lors de l'octroi du crédit et qu'elle n 'avait pas à être financée, ou encore que le soutien accordé a retardé l'ouverture de la procédure judiciaire et a constitué un moyen ruineux.

Le banquier sollicité durant cette période est donc tenu à une vigilance accrue, peu importe que les crédits soient demandés par le conciliateur ou qu'ils soient requis par le seul débiteur.
De l'avis dominant des auteurs de la loi du 1er mars 1984, le conciliateur serait l'équivalent des C.O.D.E.F.I., C.O.R.R.I. Comme le dit Mme Saint-Alary-Houin, l'intervention de ces organismes dans les tentatives de redressement de l'entreprise, n'a jamais été considéré comme une excuse absolutoire au délit de banqueroute, tout au plus comme une circonstance atténuante accordée au banquier[112].
Il n'y a donc à priori aucune raison pour que les plans de redressement élaborés sous l'égide du conciliateur, dont on écrit qu'ils ont un caractère purement privé et contractuel, soient de nature à diluer, voire éluder, la responsabilité du banquier.

A notre avis, il est difficile que la responsabilité du banquier soit facilement mise en cause si ce dernier a entouré la mise en place du financement nouveau, de certaines précautions de nature essentiellement économique, qui consisteront dans l'examen approfondi des documents comptables de l'entreprise[113].

[112] C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 4ème éd., 2001, p.114, n°190.

[113] Documents dont la délivrance, selon des fréquences et des modalités préétablies, aura été prévue lors de la négociation du plan comme nous l'avons vu dans le chapitre 2 du Titre 1.

Il serait même utile, dans le but de désamorcer les velléités éventuelles de certains créanciers, d'exiger qu'un avenant au plan de redressement initial précisant les caractéristiques du crédit accordé soit établi, approuvé et ratifié par l'ensemble des principaux créanciers qui y sont parties. Une telle précaution serait le gage de l'impunité du banquier qui, une nouvelle fois, déciderait de soutenir l'entreprise.

Examinons maintenant le second risque qui pèse sur le banquier.

Paragraphe 2 – La valeur des garantis consentis dans le règlement amiable face à une période suspecte-

Les nouveaux crédits consentis par la banque, dans le cadre du règlement amiable, ne bénéficient pas de plein droit d'un privilège à l'instar de celui accordé par la l'article L. 621-32 C. com. (article 40 de la loi du 25 janvier 1985). Il appartient donc au banquier qui estime utile de se ménager une sûreté, de la stipuler expressément. Nous savons effectivement, que depuis 1994 les créanciers ont la possibilité de prendre des sûretés au cours de l'**exécution** du règlement amiable pour garantir les crédits qu'ils octroient.
La banque peut ainsi demander que ses créances pour lesquelles elle consent des sacrifices, soient assorties de sûretés. Ce dernier, peut de ce fait chercher à se ménager une position privilégiée par rapport aux créanciers dont le titre naîtra postérieurement à l'accord.

Les sûretés que la banque sera amenée à prendre ici, ne seront donc que conventionnelles contrairement à l'article 40 qui est d'origine légale.

La question essentielle que l'on peut se poser ici, est de savoir si ces sûretés peuvent, en cas d'échec du règlement amiable suivi de l'ouverture d'une procédure collective, être annulé sur le fondement des nullités de la période suspecte, dans le cas où il apparaîtrait *a posteriori que l'entreprise était déjà en cessation des paiements* à l'époque du règlement amiable. **Plus simplement cela revient à se demander si le règlement a le pouvoir de conjurer l'état de cessation des paiements d'une entreprise.**

La lecture d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 14 mai 2002, invite à se poser cette brûlante question. Cependant, *« l'ambiguïté de la solution adoptée par la Haute juridiction est plus de nature à en attiser le feu qu'à l'éteindre »*[114]

Dans cet arrêt, pour la première fois, la Cour de cassation est amenée à se prononcer sur l'articulation des procédures de règlement amiable et de redressement judiciaire au regard des questions délicates, de fixation de la date de l'état de cessation des paiements et de notion même de cessation des paiements.

A priori, selon les vœux du législateur, la succession de ces procédures ne devrait pas engendrer de difficultés à ce sujet, dès lors qu'en principe le règlement amiable est exclusif de l'état de cessation des paiements, tandis que cet état constitue le principal cas d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. A l'examen, la question est au contraire, complexe, et ce d'autant que le tribunal ouvrant la procédure a la possibilité de fixer la date de cessation des paiements jusqu'à dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture.[115]

La complexité de la question est également accrue parce qu'elle est liée à la notion même de cessation des paiements, notion difficile à cerner et diversement appréciée.

En l'espèce, une procédure de règlement amiable avait été ouverte à l'égard de trois sociétés par une ordonnance rendue le 21 juin 1996. Rapidement après, le président avait ordonné la suspension des poursuites. Quelque mois plus tard, l'accord conclu par les sociétés avec les principaux créanciers était homologué.

Sur déclaration de cessation des paiements, le tribunal de commerce ouvra une procédure de redressement judiciaire le 7 février 1997 et fixa la date de cessation des paiements au 15

[114]Cass. com., 14 mai 2002, D. 2003, p.615, n°9, obs. Martineau- Bourgnignaud ; J.C.P. E. 2002, I, n°1380, obs. P. Pétel ; D. 2002, AJ p. 1837, obs. A. Lienhard.

juillet 1996, date à laquelle les passifs exigibles s'élevaient à 10 558 000 francs alors que les actifs disponibles n'étaient que de 1 094 000 francs.

Par la suite une banque créancière, la BNP, fit tierce opposition à cette décision et demanda à ce que la date de cessation des paiements fût fixée au jour de sa déclaration, soit le 3 février 1997. Devant les juges, elle soutient, d'une part que selon les articles L. 611-3 et L. 611-4 C. com. (art. 35 et 36 de la loi du 1er mars 1984), l'octroi du règlement amiable suppose *implicitement mais nécessairement* l'absence de cessation des paiements, et, d'autre part, que les créances, objet de l'accord, ne devaient pas être considérées comme exigibles au 15 juillet 1996, de même que celles non incluses dans l'accord puisqu'elles avaient fait l'objet de reports d'échéance en vertu de l'article 1244-1 C. civ. Les juges du fond refusèrent de faire droit à la demande de la banque qui forma un pourvoi en cassation[116].

Bien que l'arrêt soit muet sur ce point, on peut penser que la BNP avait obtenu dans le cadre de l'accord quelque sûreté pour garantir les créances objet de celui-ci et qu'elle n'entendait pas les voir remises en cause par le biais des nullités de droit de la période suspecte.[117]

Le pourvoi formé par la BNP est rejeté pour partie, cassé pour l'autre. Sur le terrain de la fixation de la date de cessation des paiements la chambre commerciale approuve pleinement les juges du fond, tandis qu'elle les censure sur la notion de cessation des paiements.

S'agissant de la date de cessation des paiements, la Haute Cour considère que la cour d'appel a légalement justifié sa décision pour avoir « *énoncé que ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, ni l'ordonnance homologuant l'accord amiable n'ont autorité de chose jugée quant à la date de cessation des paiements* » et retenu, en conséquence que, « *l'ouverture de la procédure de règlement amiable n'empêchait pas le report de la date de cessation des paiements* ».

L'affirmation paraît tranchée dès lors que la solution ainsi posée permet au tribunal, ouvrant ultérieurement une procédure de redressement ou de liquidation, d'englober dans la période

---

[115] Art. L. 621-7 C. com., (art. 9 de la loi du 25 janvier 1985)
[116] CA Rennes, 23 septembre 1998, J.C.P. E. 2000, n°27, p. 1078, obs. F-X Lucas.
[117] Art. L. 620-1 C. com.

suspecte la procédure de règlement amiable dans son entier et ainsi de rendre caducs les sûretés consenties par le débiteur au banquier. Toutefois comme nous l'avons en étudiant l'homologation, l'ordonnance du juge n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée car ce dernier ne tranche pas une contestation. Aussi, cette solution est conforme au regard des principes de procédure civile.

En outre cette solution vient mettre un terme à une certaine jurisprudence qui déduisait l'absence de cessation des paiements de l'ouverture d'une procédure de règlement amiable[118].

Ainsi, l'existence d'une procédure de règlement amiable antérieure ne fait pas obstacle à une décision de report de la date de cessation des paiements.

Encore faut-il cependant que les juges caractérisent correctement cet état. Or, certaines circonstances, peuvent retentir sur son existence selon la Cour de cassation, qui censure ici les juges du fond pour n'en avoir pas tenu compte. Ces circonstances sont, à la fois, les délais consentis par les principaux créanciers dans le cadre de l'accord amiable auxquels ils ont été appelés et les délais éventuellement consentis par les créanciers non appelés à l'accord, y compris sans doute implicitement du fait qu'ils n'ont pas poursuivi ce dernier.

Dans la première hypothèse, les magistrats de la Cour Suprême, font état de « *reports d'exigibilité constatés dans le protocole* », dans la seconde d'un « *report d'échéance* » dont auraient bénéficié les sociétés concernées et qui « *aurait contribué à différer l'état de cessation de des paiements* ».

En effet, seul le passif à la fois exigible et **exigé** peut être pris en considération pour apprécier l'état de cessation des paiements selon une jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, à laquelle le présent arrêt est parfaitement fidèle, mais à laquelle,[119]les juges du fond résistent quelque peu, ainsi qu'en témoigne l'arrêt de la cour d'appel cassé par la Cour de cassation.

[118] T. com. Tours, 3 mai 1996, Rev. Proc. Coll. 1998, p.81, obs. P. Canet.
[119] Cass. com. 28 avril 1998, J.C.P. E.., G.-A. Likillimba ; R.T.D. Com. 1999.187, A. Laude.

Cette appréciation du passif en empêchant que la date de cessation des paiements ne soit fixée trop en amont, est de nature à limiter la portée de l'absence d'autorité de la chose jugée des ordonnances du président du tribunal quant à la date de cessation des paiements.

Selon certains auteurs, dont Mme Martineau-Bourgnignaud,[120] « *la solution dégagée par la Cour de cassation est opportune mais dangereuse. Il faut prendre garde en effet, à ce que le règlement amiable ne devienne pas un moyen de surseoir à la constatation de la cessation des paiements car il deviendrait alors un outil entre les mains d'un débiteur inféodé à ses principaux créanciers désireux de renforcer leurs garanties, et non un moyen de prévention des difficultés* ».

Il est vrai qu'à partir du moment où la Cour de cassation conçoit qu'un règlement amiable a le pouvoir de différer la survenance de la date de cessation des paiements, elle empêche les juges de faire remonter celle-ci avant sa conclusion. Dès lors, cela reviendrait à valider des sûretés qui ont été constituées sur les biens du débiteur pour garantir des dettes antérieurement contractées. Autrement dit, cela conduit à admettre la validité d'actes illicites car passées en réalité au cours de la période suspecte en contravention à la loi. Comme le dit M. Chaput,[121] la conclusion d'un règlement deviendrait alors un « *moyen de purger le vice* ».

Finalement, force est de constater que la situation du banquier est des plus périlleuses et incertaine !

Examinons maintenant, dans un dernier chapitre l'inexécution du règlement amiable.

[120] V. Martineau-Bourgnignaud, op. cit., p.618.
[121] Y. Chaput, note sous CA Aix-en-Provence, 4 avril 1996, D. soc., avril 1998, n°65.

Chapitre 3 – L'inexécution du règlement amiable et ses conséquences-

L'inexécution du règlement amiable s'entend de celle de l'accord amiable. Lorsqu 'elle est le fait du débiteur, l'inexécution démontre que, malgré les efforts des créanciers et tout spécialement du banquier le redressement espéré n'a pas eu lieu. Du coup, la raison d'être du règlement disparaît.

L'ancien article 5 de la loi du 25 janvier 1985 (c'est à dire dans le régime antérieur à la réforme de 1994) prévoyait une sanction brutale : selon cet ancien texte, *l'inexécution des engagements financiers* contenus dans l'accord entraînait **l'ouverture d'office** ou sur demande du procureur de la république, du débiteur ou d'un créancier partie à l'accord, **d'une procédure de redressement judiciaire avec résolution de l'accord**.

Ce texte sanctionnait donc clairement la violation du règlement amiable par le redressement judiciaire de l'entreprise et donnait au prononcé de la mesure un caractère automatique[122]

Le tribunal n'avait guère le choix : la procédure collective s'imposait même si l'état de cessation des paiements n'était pas constaté.[123]

Depuis 1994, le domaine des sanctions est plus vaste et leur mise en œuvre est plus souple, puisque résolution et ouverture d'une procédure collective, ne sont plus automatiquement liées. Au final l'intervention du législateur se situe sur deux plans : celui de la prévention (article L. 611-4 C. com.) et celui de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaire (article L. 621-3 C. com.).

Il faut donc examiner tour à tour la résolution de l'accord amiable (Section 1), et l'ouverture d'une procédure collective (Section 2).

Section 1- La résolution de l'accord amiable –

Avant d'examiner les effets de la résolution (§2), il convient d'abord d'en examiner les conditions (§2).

Paragraphe 1 – Les conditions de la résolution –

Selon l'article L. 611-4, X C. com., « *En cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord, le tribunal prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai de paiement accordé* ».

[122] Ce redressement judiciaire-sanction présentait de nombreux inconvénients. Son automaticité pouvait faire échec à une solution amiable et dissuader les créanciers de participer à l'accord sachant qu'ils risquaient de devenir chirographaires dans la procédure de redressement. En outre, celle-ci pouvait être ouverte sans que soit constatée une cessation des paiements dès lors que les engagements financiers n'étaient pas respectés alors que le redressement judiciaire suppose que l'actif disponible ne permette pas de faire face au passif exigible.

[123] Cependant, il convient de relativiser la rigidité de ce texte, car en pratique il est difficile d'imaginer que le débiteur qui n'exécute pas l'accord de règlement amiable n'ait pas cessé ses paiements.

D'après ce texte issu de la loi du 10 juin 1994, l'accord amiable peut ainsi être résolu quels que soient les engagements que le débiteur n'a pas exécutés, sachant que dans le régime antérieur seul l'inexécution des engagements financiers permettait la résolution. L'inexécution des engagements autres que le paiement des créances de sommes d'argent ne pouvait pas être sanctionnée, le texte de l'article 5 imposait une définition étroite des engagements financiers. Ainsi, la résolution pourra aujourd'hui sanctionner l'inexécution d'engagements sociaux, économiques ou juridiques.

Il y a donc en 1994 un simple retour au droit commun de l'article 1184 C. civ.

L'article L. 611-4 C. com. parle d'un engagement résultant de l'accord, c'est à dire d'un engagement pris par le débiteur envers les signataires de l'accord : tel n'est pas le cas du défaut de paiement d'une créance non incluse dans l'accord et pour laquelle le débiteur aurait bénéficié d'un délai de grâce, qui relève en conséquence des sanctions du droit commun.

Aux termes de l'article 39-2 du décret du 1er mars 1985, le tribunal doit être saisi par un créancier figurant soit parmi les signataires de l'accord, soit parmi ceux à qui ont été imposés des délais de paiement, c'est à dire d'un créancier directement intéressé par le règlement amiable. Il n'est pas nécessaire que le créancier demandeur soit la victime immédiate de l'inexécution, il peut s'agir d'une victime par ricochet, tel peut être le cas par exemple d'une banque membre d'un pool.

Paragraphe 2 – Les effets de la résolution –

D'après l'article L. 611-4, X, C. com., le tribunal prononce en cas d'inexécution des engagements résultant de l'accord, la **résolution** de celui-ci, ainsi que la **déchéance** de tout délai de paiement accordé. Il s'agit donc de procéder à l'effacement du passé, comme si l'accord amiable et la décision d'homologation n'avaient jamais eu lieu.

Conformément au droit commun, la résolution de l'accord amiable inexécuté entraîne sa disparition rétroactive. De ce fait, sont anéantis les **remises de dettes et délais** de paiement

consentis par le **banquier**, qui recouvre ainsi l'intégralité de ses créances et sûretés, déduction faite des sommes déjà perçues.
De même, les délais de grâce de l'article 1244-1 C. civ. accordés au débiteur judiciairement, sont également anéantis.

Section 2 – L'ouverture facultative d'une procédure collective –

Avant d'envisager les inconvénients de l'ouverture de la procédure collective pour le banquier (§2), il convient d'abord d'examiner la distinction entre règlement amiable inexécuté et l'ouverture d'une procédure collective (§1).

Paragraphe 1- La distinction entre règlement amiable inexécuté et ouverture d'une procédure collective –

Aux termes de l'article L. 621-3 C. com. (article 5 de la loi du 25 janvier 1985), le redressement judiciaire peut être ouvert en cas d'inexécution des engagements financiers pris par le débiteur dans l'accord amiable.

Selon cet article, la procédure peut être ouverte par le tribunal sur demande du procureur de la République, du débiteur ou d'un créancier partie à l'accord. En revanche, le créancier à qui ont été imposés des délais de paiement n'a pas qualité pour agir à cette fin, alors qu'au contraire, il peut demander la résolution de l'accord pour inexécution (article 39-2 du décret du 1er mars 1985).

La question primordiale ici, est de savoir si dans le silence de l'article 5 de la loi du 25 janvier 1985, le tribunal doit constater la cessation des paiements. A notre avis, comme le dit

M. Pons,[124]cet article fonde, comme, avant 1994, un cas autonome d'ouverture de la procédure collective, pour lequel la cessation des paiements n'est pas requise : dans le cas contraire, ce texte serait inutile, car l'article L. 621-1 impose l'ouverture de la procédure en cas de cessation des paiements et que l'inexécution fonde la résolution de l'accord amiable.
De ce fait, le pouvoir d'appréciation laissé au tribunal doit lui permettre d'apprécier la gravité de l'inexécution des engagements financiers et l'opportunité d'ouvrir la procédure collective en l'absence de cessation des paiements.

Cependant, en pratique, il est tout à fait rare, que l'inexécution de l'accord amiable ne coïncide pas avec la cessation des paiements du débiteur et le législateur aurait pu faire l'économie de ce cas particulier.

Voyons maintenant les conséquences de l'ouverture de la procédure collective pour le banquier.

Paragraphe2 – Les conséquences de l'ouverture de la procédure collective pour le banquier ayant participé au règlement amiable -

Quand le tribunal ouvre le redressement judiciaire pour inexécution des engagements financiers, il doit prononcer la résolution de l'accord amiable et les créanciers, notamment le banquier, recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues (article L. 621-3).
La résolution ne produit donc aucun effet rétroactif, les créanciers devront donc déclarer leurs créances à la procédure collective et ne bénéficient d'aucun rang prioritaire assimilable à l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985. Par conséquent, le banquier qui a tenté de sauver l'entreprise, se retrouve en bien mauvaise posture en cas d'échec du règlement amiable.

Le texte de l'article L. 621-3 comporte une importante lacune concernant la sécurité juridique des signataires du règlement amiable : le législateur aurait dû prévoir qu'en toute hypothèse, l'ouverture d'une procédure collective entraînerait la résolution de l'accord amiable en cours

[124] B. Pons, Rev. Proc. Coll., 1994, p.129.

d'exécution. Actuellement, si un débiteur respecte les engagements contenus dans le règlement amiable[125], et qu'il se retrouve en état de cessation des paiements, il sera soumis à une procédure collective ouverte en application de l'article L. 621-1 C. com. (article 3 de la loi du 25 janvier 1985), et l'accord amiable ne sera de ce fait pas résolu. En effet, selon les textes, seule l'ouverture fondée sur l'article L. 621-3 s'accompagne de la résolution de l'accord amiable.

Le banquier signataire de l'accord amiable, est alors en mauvaise posture et cela pour deux raisons. D'une part, si on considérait le règlement amiable comme un **« contrat en cours »** au sens de l'article L. 621-28 C. com. (art.37 de la loi du 25 janvier 1985), son exécution pourrait lui être imposée par l'administrateur. D'autre part, comme nous l'avons dit plus haut, même si le règlement amiable n'est pas poursuivi par l'administrateur, le banquier va être contraint de déclarer au passif de la procédure sa créance contenue dans l'accord.
Dans les deux cas, les effets du règlement perdureront tandis que son échec sera certain.
Enfin, comme le dit Mme Pérochon,[126]à ce risque s'ajoute celui de voir le débiteur tirer parti de la période de négociation ou d'exécution de l'accord amiable pour mettre à l'abri certains de ses biens ou avantager certains créanciers.
Comme, les créanciers qui participent au règlement amiable ne bénéficient par ailleurs d'aucune faveur légale, leur sécurité juridique n'est pas convenablement assurée.

En conclusion, nous pouvons constater qu'au vu des différents développements qui précèdent, le banquier est dans une situation très rude face à une entreprise ressentant des difficultés. Lors d'une faillite, des regards concupiscents se tournent vers celui qui pourrait être responsable. Trouver quelqu'un aussi solvable que possible qui assurerait la survie de l'entreprise, ou le maintien de l'emploi, apporterait une solution commode. C'est pourquoi, au moment où survient une défaillance financière, l'on se tourne vers le banquier. Une présomption de connaissance de l'entreprise, de la situation exacte de ses comptes, de sa

[125] Par exemple, le débiteur respecte les engagements contenus dans le règlement amiable au détriment du paiement de ses autres créanciers non participants au règlement amiable.
[126] F. Pérochon, op. cit. n°84.

trésorerie, jouera à son encontre, tel à l'égard d'un commissaire aux comptes. Le plus souvent, il lui sera reproché d'avoir laissé survivre une affaire en mauvaise situation.

Au final, le pilotage j*uridique* est aussi délicat que le pilotage *financier* pour ce dernier. Le banquier va devoir conjuguer avec tous ces éléments, et décider de participer ou non au règlement amiable. Sa décision découlera le plus souvent **du sort qui lui sera réservée en cas d'échec du règlement amiable.** Le processus qui a été consacré en 1984 et modifiée en 1994, se situe à la frontière de la prévention proprement dite et du traitement curatif des difficultés des entreprises. On aurait pu penser qu'en 1994, le législateur aurait enfin organiser une réelle articulation entre le mécanisme du règlement amiable et celui du redressement judiciaire.

Or, celui-ci s'est contenté de prévoir le passage au redressement judiciaire en cas d'échec du règlement amiable. A cet effet, les rédacteurs des textes ont prévu la **résolution** de l'accord et ont permis aux créanciers de conserver les paiements effectués par le débiteur en exécution du pacte. Au delà, **la protection est inexistante**. De plus, la fragilité qui affecte la position de ces derniers est accentuée par le fait que la loi a omis d'aménager leur situation au cas où le redressement judiciaire est ouvert en raison de l'inexécution d'engagements extérieurs à la convention amiable caractérisant l'état de cessation des paiements. Pour toutes ces raisons, quelle que soit l'hypothèse envisagée et afin d'éviter que le mécanisme préventif ne se retourne contre eux, la loi aurait dû prévoir que l'ouverture d'un redressement judiciaire entraîne toujours résolution de l'accord.

A notre avis, dans le cadre de l'évolution contemporaine du droit vers des modes de règlement plus consensuels (par exemple avec le développement sans précèdent de la transaction) et la vogue actuelle du droit négocié au détriment du droit imposé, les procédures pré contentieuses comme l'est le règlement amiable nous semble destiné à un *développement incontestable*.

Cependant, le succès et l'avenir du règlement amiable reste en grande partie conditionné par l'attitude des banques et à leur collaboration. Pour faire participer ces derniers, la loi devrait venir limiter les risques que le banquier encourt en participant à l'accord.

Concernant le *risque économique* encouru par le banquier, la loi devrait mettre en place, à l'instar de l'article 40, une priorité de paiement pour les créanciers signataires d'un règlement amiable, et notamment le banquier, au cas où leurs sacrifices seraient maintenus dans la procédure collective. Le banquier comme tout signataire, devrait pouvoir bénéficier d'une situation privilégiée si par la suite l'entreprise dépose son bilan. Actuellement rien n'est prévue pour les créanciers signataires d'un accord amiable, en cas d'échec de celui-ci suivi de l'ouverture d'une procédure collective. Il s'agit là d'une lacune grave du texte de 1984, qui explique à notre avis largement le *succès relatif* du règlement amiable.

Au sujet du risque juridique qui pèse sur le banquier, nous avons vu que légalement (même si dans les faits il y a une certaine atténuation), la signature d'un règlement amiable et notamment son homologation par le président du tribunal, ne réduit en rien le risque de mise en jeu de responsabilité de la banque pour soutien abusif de crédit. Il convient d'après nous de sécuriser juridiquement les accords contractuels scellés entre les parties. L'intervention du juge et l'homologation, devrait d'après nous faire en sorte qu'il soit impossible en cas d 'échec du règlement amiable de faire remonter la date de cessation des paiements au-delà de la date de signature des accords, sauf bien sûr, pour les actes illicites commis pendant la période suspecte. Plus simplement, il est nécessaire d'après nous de renforcer la judiciarisation : le juge dans le cadre d'un règlement amiable doit disposer d'un véritable pouvoir et jouer un rôle actif. Contrairement à ce que pensait Montesquieu[127], le magistrat doit faire davantage que se limiter à n'être que «la bouche de la loi ».

[127] Montesquieu, « De l'esprit des lois », 1748.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

CHAPUT (Y.) Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, Collection Droit fondamental, P.U.F 1986, n°169, p.179.

COURET (A.), DEVEZE (J.) et HIRIGOYEN (G.), Lamy, Droit du financement, 2003.

DERRIDA (F), GODE (P), SORTAIS (J.P.), Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, Dalloz, 3é éd., 1991.

GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.), Droit bancaire, Litec, 1999, n°385, p.189.

GUYON (Y.), Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, faillite, Economica, 7ème éd., 1999.

JEANTIN (M), Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 5ème éd., 1995, n°492, p. 308.

PEROCHON (F.), Entreprises en difficulté instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 5ème éd., 2001. n°70, p.58.

RIVES-LANGE (J.-L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.), Droit bancaire, Dalloz 1995.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, Domat, 4ème éd., 2001.

VALLENS (J.-L.) et MARTIN (J.-F.), Lamy, Droit commercial 2003, Redressement et liquidations judiciaires.

D.P.D.E. (Dictionnaire Permanent des Difficultés des Entreprises), Ed. législatives.

Juris - Classeur Commercial.

OUVRAGES SPECIAUX

BUTHURIEUX (A.), La responsabilité du banquier, Litec, 1999

LE CANNU (P), Prévention et règlement amiable, Juridictionnaires Joly, 1988.

LIKILLIMBA (G.-A.), Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Litec, 2001.

MARIENA-RIELA (M.C), Le règlement amiable des difficultés des entreprises, Thèse, Nice I, Sophia-Antipolis, 1991.

REY (P.), De l'usage de la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable, Thèse, Paris I, 1994.

RIVES-LANGE (J-L.), Difficultés de l'entreprise : le règlement amiable, La Revue Banque éditeur, 1985, n°51, p.48 et s.

SIMLER (Ph.), Le cautionnement, Litec, 2000.

ZEIN (Y.), Les pools bancaires, Thèse, Economica, 1998.

ARTICLES ET CHRONIQUES

AFFIC, La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté- La prévention mode d'emploi, mai 1998, p. 70.

BALENSKI (I.), L'homologation judiciaire des actes juridiques, R.T.D. Civ. 1978, p.42 et suivants, n°1 et 32.

BAYLE (M.), De l'intérêt du règlement amiable, R.T.D. Com., 1988, I, n°19, p.12.

BOURIEZ-BRUNET (A.), sous Cass. com., 19 décembre 1997, Gaz. Pal. 27 janvier 2002, p.30.

CAMPANA (M.-J), L'incidence du redressement judiciaire sur les créances bancaires, Banque et Droit, janvier 1989, p.237.

CANET (P.), sous T. com. Tours, 3 mai 1996, Rev. Proc. Coll. 1998, p.81.

CHAPUT (Y.), L'échec du règlement amiable et le passage au redressement judiciaire, R.J.C., 1986, p. 106 ; sous CA Aix-en-Provence, 4 avril 1996, D. soc., avril 1998, n°65.

CREDOT (J.) et GERARD (Y.), sous CA Paris, 1er décembre 1998, Rev. dr. Banc., 1999, p. 30.

DAIGRE (J.-J.) :

- La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application, Journée d'étude de l'institut de droit de l'entreprise de l'Université de Poitiers, J.C.P. E., 1987, II, n° 15066 p. 628.
- Sous Cass. com. 8 octobre 1996, J.C.P. E 1997.II 917.

DERRIDA (F.) et SORTAIS (J-P.),

- sous Cass. com. 7 janvier 1976, D. 1976, n°277.

- Philosophie de la réforme, observations critiques, Les Petites Affiches, 14 septembre 1994, n°8 p.6.

FEITZ (A.), Soutien abusif : un risque croissant pour les banques, Option Finance, 1996, p.10.

GAVALDA (C.), sous Cass. com. 18 octobre 1961, J.C.P. G. 1962, II. 12438.

HENRARD (G.), La nature de l'intervention des banques dans les euro-crédits, Revue Banque, octobre 1981.

LAROUMET (C.), Procédure de règlement amiable et droit commun in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Colloque Dalloz, octobre 1994, Dalloz 1995, p.106.

LARRIEU (J.) et MACORIG-VERNIER (F.), Le règlement amiable de l'exploitation agricole, R.J.C., 1989, p. 289.

LIENHARD (A.), sous Cass. com. 14 mai 2002, D. 2002, AJ p. 1837.

LIKILLIMBA (G.-A.), sous Cass. com., 28 avril 1998, J.C.P. E., 1998, p. 1927.

LUCAS (F.-X.), sous CA Rennes, 23 septembre 1998, J.C.P. E. 2000, n°27, p. 1078.

LUSSAN (C.), La responsabilité des banques vis à vis de leurs clients, R.J.C., 1977, p.288.

LYONNET (B.), L'administration judiciaire, R.J.C., 1991, p.241.

MACORIG-VENIER (C.), sous Cass. com. 13 octobre 1998, R.T.D.Com. 1999. 185.

MARCHI (J.-P), Une création originale du tribunal de commerce de Paris : le mandataire ad hoc, Gaz. Pal. 1983, doctrine 1, n° 123.

MARTINEAU-BOURGNIGNAUD (I.), sous Cass. com., 14 mai 2002, D. 2003, p.615, n°9.

MATHIEU (M.), A propos de la loi du 31 décembre 1989 sur la faillite des particuliers, Les Petites Affiches, 23 février 1990, p. 18.

PORTE (F.), Les tours de table bancaires, Banque et Droit, n°42, juillet –août 1995, p.9.

PIZZIO-DELAPORTE (C.), L'action paulienne dans les procédures collectives, R.T.D. Civ., 1995, n° 715.

PRIOR (M.), La culture du sauvetage des entreprises en difficulté au Royaume-Uni : techniques et procédures formelles de liquidation et de faillite, R.J.C. 1986, p. 141.

RIVES-LANGE (J.-L.), Le règlement amiable, bilan de trois années d'application, Banque et Droit, janvier 1989, p.6

ROUGER (M.), Quatre crises immobilières, Revue Banque n°532, novembre 1992, p.993.

SARMET (M.), Le financement privé du tunnel sous la Manche : cas unique ou exemple ?, Revue Banque, n°473, juin 1987, p. 557.

STOUFFLET (J.) :
- L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? JCP 1965. I.1882
-sous CA Paris, 6 janvier 1977, J.C.P 1978. II.18689.

VASSEUR (M.) :

-sous CA Paris 17 mars 1978, D. 1978. I.R.420.

-Le crédit menacé : brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficultés, p.3, J.C.P. E. 1985, II, 14569.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

TITRE 1 – LA PARTICIPATION «FORCEE » DU BANQUIER 20

AU REGLEMENT AMIABLE- 20

CHAPITRE 1 - LES RAISONS DE LA PARTICIPATION DU BANQUIER AU RÈGLEMENT AMIABLE - 20

Section 1- La position du banquier face à une entreprise en difficulté - 21

Paragraphe 1 – La responsabilité du banquier dispensateur de crédit - 22

A- La responsabilité contractuelle du banquier - 23

B-La responsabilité délictuelle du banquier : la responsabilité pour soutien abusif- 25
C- La responsabilité du banquier fondée sur sa qualité de dirigeant de fait d'une personne morale- 27
Paragraphe 2- Le recouvrement des crédits- 29
A- Le recouvrement du crédit consenti à une entreprise in bonis- 30
1) Les nullités de la période suspecte. 30
2) les dangers d'une voie purement contractuelle. 32
B- Le recouvrement du crédit consenti à une entreprise en redressement judiciaire- 33
Section 2 -La négociation du règlement amiable- *36*
Paragraphe 1 - La « menace » d'une suspension provisoire des poursuites - 37
Paragraphe 2 – La possibilité de prendre des sûretés pour garantir l'exécution de l'accord – 39
CHAPITRE 2 – LES CONDITIONS DE LA PARTICIPATION DU BANQUIER AU RÈGLEMENT AMIABLE- 41
Section 1 - Les conditions liées aux autres intervenants au règlement amiable - *41*
Paragraphe 1 - La situation des cautions du débiteur – 43
Paragraphe2 – Le cas des pools bancaires – 44
A- Définition du financement par pool bancaire - 45
B – Le consentement au règlement amiable dans le cadre d'un pool bancaire – 47
Section 2 – Les conditions liées au contenu du règlement amiable- *49*
Paragraphe 1 – La clause de délivrance des documents comptables- 50
Paragraphe 2- Les clauses permettant le recouvrement du crédit – 52
A -La clause de retour à meilleure fortune - 52
B -Les clauses résolutoires prévues au plan de redressement- 53
CHAPITRE 3 - LES DÉCEPTIONS RELATIVES À LA CONCLUSION D'UN RÈGLEMENT AMIABLE AVEC LA BANQUE - 55
Section 1 – Les difficultés liées au déclenchement de la procédure – *55*
Paragraphe 1 – Le déclenchement tardif de la procédure de règlement amiable – 56
Paragraphe 2 – L'usage du règlement amiable comme un mode de gestion – 57
Section 2 – Les déceptions relatives à la négociation du règlement amiable- *58*
Paragraphe 1 – L'appréciation de la banque à être jugée comme dirigeant de fait – 58
Paragraphe 2 – Les blocages dans le cadre des négociations - 59

TITRE 2 – LES EFFETS LIMITES DU REGLEMENT AMIABLE POUR LE BANQUIER- 62

CHAPITRE 1- L'HOMOLOGATION JUDICIAIRE DU RÈGLEMENT ET SON UTILITÉ POUR LE BANQUIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT. 63

Section 1- Les conditions de l'homologation- 63

Paragraphe 1 – Les conditions de l'homologation – 63

Paragraphe 2 – Le sort de l'ordonnance statuant sur l'homologation de l'accord- 64

Section 2 – La portée de l'homologation- 66

Paragraphe 1 – Les effets juridiques limités de l'homologation- 66

Paragraphe 2 - Une utilité à déterminer – 69

CHAPITRE 2 – L'EXÉCUTION DU RÈGLEMENT AMIABLE ET SES CONSÉQUENCES- 73

Section 1- Les conséquences prévues par le banquier- 73

Paragraphe 1 –Les mesures générales de redressement de l'entreprise – 74

Paragraphe 2 – La suspension des moyens d'action du banquier – 76

Paragraphe 1 – La mise en cause de la responsabilité du banquier – 78

A-L' octroi de crédit lors de la conclusion de l'accord- 79

B- L'octroi de crédit lors de l'exécution de l'accord- 80

Paragraphe 2 – La valeur des garantis consentis dans le règlement amiable face à une période suspecte- 81

CHAPITRE 3 – L'INEXÉCUTION DU RÈGLEMENT AMIABLE ET SES CONSÉQUENCES- 86

Section 1- La résolution de l'accord amiable – 87

Paragraphe 1 – Les conditions de la résolution – 87

Paragraphe 2 – Les effets de la résolution – 88

Section 2 – L'ouverture facultative d'une procédure collective – 89

Paragraphe 1- La distinction entre règlement amiable inexécuté et ouverture d'une procédure collective – 89

Paragraphe2 – Les conséquences de l'ouverture de la procédure collective pour le banquier ayant participé au règlement amiable - 90

CONCLUSION